Die dingliche Sicherung des Kommittenten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wolfgang Wild
Gerichtsreferendar aus Liegnitz.

MARBURG 1931

Buchdruckerei von Joh. Hamel, Marburg-Lahn

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 15. Juli 1931.

Berichterstatter: Professor Dr. Erich Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0087

Literaturverzeichnis.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. in Gruch. Beitr. Bd. 42, S. 645 ff.

Beyer: Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Berlin 1902.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.

Buchholz: Die sachenrechtlichen Beziehungen beim Kommissionsgeschäft, unter besonderer Beachtung des Bankkommissionsgeschäfts. Diss. Würzburg 1922.

Cohn: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht. Marburg 1931.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Aufl. 1930.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 1913.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. III. Tübingen 1905.

David: Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertreterwillens in „Recht" 1901 S. 506.

Deutskens: Wann erwirbt beim Kommissionseinkauf der Kommittent nach heutigem Recht Eigentum am Kommissionsgut? Diss. Leipzig 1906.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1896.

Donellus: Opera omnia, commentariorum de iure civili. 1762.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1913. Bd. III, 1. Aufl. 1905.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. hrsg. von R. Leonhard, Berlin 1903.

Eccius: Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht. in Gruch. Beitr. 47 S. 51 ff.

Eichler: Vertretung für den, den es angeht. Diss. Marburg, 1931 (Korrekturbogen).

Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerl. Gesetzbuches. 3. Aufl. 1898.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl. 1905.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896.

Endemann: Kritik über Grünhuts Recht des Kommissionshandels, in der Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgebung und Wissenschaft, Bd. 22 S. 82.

Enneccerus: Allgemeiner Teil. 12. Bearb. 1928.

Enneccerus-Wolff: Sachenrecht. 7. Bearb. 1927.

Flechtheim: Eigentumsübergang beim Kommissionsgeschäft. in L. Z. 1909 S. 48.

v. Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 3. Aufl. 1929.

Götz: Eigentumserwerb des Auftraggebers bei verdeckter Stellvertretung. Diss. Breslau 1917.

Grünhut: Das Recht des Kommissionshandels. Wien 1879.

v. Hahn: Kommentar zum Allgemeinen deutschen HGB. Braunschweig 1875.
Hempel: Eigentumsübergang beweglicher Sachen nach § 929 Satz 1 BGB. Diss. Breslau 1927.
Hupka: Die Vollmacht. Leipzig 1900.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerl. Gesetzbuch. Jena 1906.
Jeroschewitz: Vertretung bei der Fahrnisübereignung. Diss. Königsberg 1920.
Jhering: Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in Jher. Jahrb. I S. 319 ff.
Jung: Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf im Gebiete des gemeinen Rechts. Diss. Gießen 1892.
Jung: Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in ZHR Bd. 47 S. 183 ff.
Jung: Rechtsregel und Rechtsgewissen. in Arch. f. Ziv. Praxis Bd. 118 S. 1 ff.
Jung: Bürgerliches Recht in: „Das gesamte deutsche Recht" hrsg. von R. Stammler, Berlin 1931.
Kohler: Vertrag und Uebergabe in: Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 18 S. 1 ff.
Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1906
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1899.
Langen: Eigentumserwerb und -verlust bei Kommissionsgeschäften. Marburg 1900.
Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1912.
Lehmann-Ring: Das Handesgesetzbuch 1901.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht, in: Iher. Jahrb. Bd. 36. S. 1 ff.
Leonhard, Fr.: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Locher: Handels-, Wechsel- und Seerecht in: Stammler, Das gesamte deutsche Recht. Berlin 1931.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
Manigk: Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.
Manigk: Interessenjurisprudenz in: Stier-Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. III. Berlin 1928.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. 1907.
Moeller: Eigentumserwerb beim Kommissionseinkauf. Diss. Leipzig 1906.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtl. Ausgabe 1888.
Müller-Erzbach: Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. Berlin 1905.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. u. 3. Aufl. 1928.
Mumm: Die Auslegung des § 164 BGB, in: Recht 1901 S. 137.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. 1909.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgem. Teil, 3. Aufl. 1927.
Petri: Zur Frage der Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut, in: Arch. f. Ziv. Praxis, Bd. 111 S. 359 ff.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Allgem. Teil 4. Aufl. 1913.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuchs. Berlin 1897.
Regelsberger: Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen (nach einem Vortrag) in: Iher. Jahrb. 44 S. 393 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Bd. III, 6. Aufl. 1928.
Richter: Uebereignung „an wen es angeht" in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diss. Göttingen 1928.
Rießer: Zur Revision des Handelsgesetzbuches, Beilageheft zu Bd. 35, ZHR, 1. Abt.
Rießer: Das Bankdepotgesetz. 5. Aufl. 1928.
Rumpf: Wirtschaftliche Vertrauensgeschäfte. Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 119 S. 1 ff.

Rümelin: Das Handeln im fremden Namen im BGB. Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 93 S. 131 f.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1926.
Schlossmann: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. Bd. I. 1900. Bd. II. 1902.
Schmidt-Rimpler: Das Kommissionsgeschäft in: Ehrenbergs Handb. d. gesamten Handelsrechts V 1. Abt 1928.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. Jher. Jahrb. Bd. 38.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. u. 13. Aufl. 1927.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. 9. Aufl. 1926. Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1927.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 2. Hälfte München u. Leipz. 1918. II. Bd. 1. Hälfte. 1914.
Vogel: Die sachenrechtlichen Wirkungen des Kommissionsgeschäfts. Diss. Greifswald 1919.
Weber: Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten. Breslau 1914.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. bearb. von Th. Kipp. 1906.

Gliederung.

		Seite
	A. Einleitung.	7
§ 1.	Aufgabe, Berechtigung und Gegenstand der Untersuchung.	7
§ 2.	Die Ausführung des dinglichen Uebereignungsgeschäfts durch den Kommissionär.	9
	B. Die Einkaufskommission.	12
	I. Die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs des Kommittenten nach § 929 BGB.	12
§ 3.	1. Die Einigung.	12
§ 4.	a) Das Offenheitsprinzip	13
§ 5.	b) Die Gegner des Offenheitsprinzips	24
§ 6.	c) Die Lösung für das Kommissionsgeschäft	28
§ 7.	2. Die Uebergabe	37
§ 8.	II. Die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs des Kommittenten nach § 930 BGB (die Rechtsprechung des Reichsgerichts)	41
§ 9.	1. Das Insichgeschäft	43
§ 10.	2. Das antizipierte Konstitut	44
§ 11.	III. Die Vorschriften des HGB sprechen für einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Kommittenten	52
	IV. Die Sonderfälle	
§ 12.	1. Der Einkauf vertretbarer Sachen	57
§ 13.	2. Der Selbsteintritt	60
§ 14.	V. Das Bankdepotgesetz	62
§ 15.	C. Die Verkaufskommission	65
§ 16.	D. Schluß	67

A. Einleitung.

§ 1.

Aufgabe, Berechtigung und Gegenstand der Untersuchung.

Die dingliche Rechtslage beim Kommissionsgeschäft war von jeher Gegenstand der lebhaftesten Erörterung. Schon im gemeinen Recht waren die Meinungen geteilt, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob der Kommittent schon mit der Uebergabe an den Kommissionär oder erst durch einen besonderen Uebertragungsakt desselben Besitz und Eigentum am Kommissionsgut erwürbe[1]). Trotz dieser Kontroversen und der verschiedenen Hinweise auf die Dringlichkeit einer gesetzlichen Regelung[2]) ist schließlich ebenso wie im alten HGB eine ausdrückliche Gestaltung dieser Fragen im neuen HGB unterblieben. Die begrüßenswerten Versuche des preußischen Entwurfs (§ 284), den Kommittenten, ähnlich wie dies bei den obligatorischen Rechten geschehen ist, dinglich zu schützen, sind auch bei der Redaktion des neuen und des alten Handelsgesetzbuches aufgenommen, schließlich aber wieder aufgegeben worden, da in endlosen Kommissionsberatungen keine Einigkeit über diese Fragen erzielt werden konnte. Man kam vielmehr zu dem Beschluß, die Entscheidung über die dinglichen Rechtsverhältnisse der Theorie und Praxis nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts zu überlassen[3]). Da unsere Rechtsordnung beim Vertragsrecht, abgesehen von Vertreter und Gehilfen, nur Gläubiger und Schuldner kennt, andere, außerhalb des Schuldverhältnisses stehende Personen, aber grundsätzlich nicht beachtet,

---

[1]) Die damals herrschende Lehre vertrat unter dem Einfluß der Donellischen Theorie (Lib. V, cap. X, § 6) den Standpunkt, daß der Wille des Kommissionärs das ausschlaggebende Moment sei, nach dem sich der Besitz — und damit der Eigentumserwerb richte, so insbes. Grünhut a. a. O. S. 435; Endemann, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 22, S. 114 und Jung a. a. O., dagegen Jhering, in Jher. Jahrb. Bd. 1, S. 319 ff. u. ROHG XXII S. 27, XXIII S. 57.

[2]) Z. B. Rießer, ZHR, Beilageheft 1 Abt. zu Bd. 35, S. 75 ff.

[3]) Amtl. Entwurf S. 237: „Ueber die Frage, in welcher Weise der Kommittent das Eigentum an den für ihn von dem Kommissionär angeschafften Sachen erwirbt, enthält das Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen; die seinerzeit bei der Beratung des Gesetzbuches gemachten Versuche, bestimmte Rechtssätze in dieser Richtung aufzustellen, haben zu keinem Ergebnis geführt. Auch der Entwurf sieht davon ab, besondere Vorschriften über den Eigentumserwerb des Kommittenten zu treffen, er läßt es vielmehr bei den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts bewenden."

so glaubte die heute bei weitem herrschende Lehre [1]) aus der Tatsache, daß der Kommissionär im eigenen Namen handelt, folgern zu müssen, daß auch die dinglichen Rechte zunächst in seiner Person zur Entstehung gelangten und es zu ihrer Uebertragung auf den Kommittenten erst eines besonderen Rechtsaktes bedürfe. Die Rechtsprechung, insbesondere die neueste Reichsgerichtsrechtsprechung, sah sich allerdings zu gewissen Einschränkungen dieser formalistischen Auffassung wie unten zu erweisen sein wird, gezwungen, da das Leugnen jeder Rechtswirkung in der Person des nicht hervorgetretenen wahren Geschäftsherrn zu einem auffälligen Widerspruch mit der Interessenlage und den von den Parteien erstrebten Erfolg führen mußte.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es nun sein, unter Berücksichtigung der einschlägigen Gesetzesvorschriften, der maßgeblichen Literatur und Rechtsprechung den Nachweis zu erbringen, daß der Kommittent entsprechend seinen schutzbedürftigen Interessen als wahrer Geschäftsherr sofort dinglich gesichert ist.

Die Berechtigung dieser Untersuchung ergibt sich aus der Tatsache, daß die Gesetzgebung die Lösung der hier bestehenden Zweifelsfragen Theorie und Praxis überlassen wollte, und selbst eine Gestaltung der dinglichen Rechtslage unterlassen hat. Dann liegt sie aber auch in der heute immer deutlicher hervortretenden Tendenz, anstelle einer allzu konsequenten Durchführung des strengen Formalrechts die Beachtung berechtigter und schutzbedürftiger Interessen, soweit es gesetzlich möglich ist, in den Vordergrund der rechtlichen Gestaltung zu stellen. Und schließlich ist das Kommissionsgeschäft nach starkem Rückgang in der Inflationszeit heute wieder Gegenstand besonderen Interesses. War es damals für den Einkaufskommissionär und Verkaufskommittenten unvorteilhaft, kommissionsmäßig zu handeln, weil das Geld in der Zwischenzeit bereits entwertet war, so ist jetzt wieder das Kommissionsgeschäft für die Wirtschaft unerläßlich. Es ist für die meisten Geschäftsleute unmöglich, Reisende oder Zweigniederlassungen wegen der großen Unkosten zu unterhalten. Der einzige Ausweg für sie ist daher, wieder auf die Warenkommission zurückzugreifen. In dem heute wegen der Verringerung der Entfernung besonders entwickelten Auslandshandel ist das Kommissionsgeschäft von größter Bedeutung. Mangels persönlicher Beziehungen zwischen den oft weit voneinander entfernten Käufer und Verkäufer, ist der Kommissionär als beiden Parteien bekannte und kreditwürdige Persönlichkeit notwendig, um das gerade bei Auslandsgeschäften so wichtige Vertrauen herzustellen. Am allerhäufigsten finden wir das Kommissionsgeschäft im Effektenverkehr, der durch den Auf-

[1]) Es seien nur erwähnt Staub, Lehmann-Ring, Düringer-Hachenburg, Cosack.

schwung des Bank- und Börsenhandels von größter Wichtigkeit ist. Im übrigen kann hinsichtlich der Verbreitung des Kommissionsgeschäfts auf Schmidt-Rimplers vorzügliche Abhandlung hingewiesen werden [1]).

Gegenstand der Untersuchung können nur Besitz- und Eigentumsfragen sein, da Pfand- und andere dingliche Rechte dem Kommittenten aus dem Kommissionsgeschäft regelmäßig nicht erwachsen. Ueber die Besitz- und Eigentumsverhältnisse gesondert zu handeln, empfiehlt sich deswegen nicht, weil bei der Eigentumsfrage die Besitzverhältnisse ohnehin geklärt werden müssen und sich ihre Erörterung am besten in zwangloser Einordnung in das Eigentumsproblem bewerkstelligen läßt. So muß sich die Untersuchung auf die Frage zuspitzen, wann erwirbt, bezw. verliert der Kommittent das Eigentum am Kommissionsgut bei der Ein- und Verkaufskommission.

§ 2.

Die Ausführung des dinglichen Uebereignungsgeschäfts durch den Kommissionär.

Das Handelsgesetzbuch geht in § 383 von dem Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages durch den Kommissionär aus. Nur hier verlangt das Gesetz als notwendiges Attribut zur Kommissionäreigenschaft das Handeln im eigenen Namen für fremde Rechnung. Dafür spricht auch § 406, I, der ausdrücklich sagt: zu „schließen" übernimmt. Durch wen und in welcher Weise aber die Ausführung dieses Abschlusses, also Uebereignungsvertrag und Zahlung, erfolgt, ist durch das Gesetz ausdrücklich jedenfalls nicht geregelt. Hieraus darf nicht gefolgert werden, daß dem Kommissionär die Ausführung nicht übertragen werden darf. Eine solche Trennung zwischen Abschluß und Ausführung würde zu unerträglichen Folgen führen Es kann mangels gesetzlicher Bestimmung nur angenommen werden, daß die Ausführung nicht notwendig durch den Kommissionär zu erfolgen hat. Dies entspricht auch dem wirtschaftlichen Zweck des Kommissionsgeschäfts, denn die Hauptaufgabe des vermittelnden Kommissionärs, seine Kreditwürdigkeit und Sachkenntnis zu Gunsten des Kommittenten auszunützen, ist schon oft mit dem Abschluß des obligatorischen Kaufvertrags erfüllt. Träte der Kommissionär seine Forderung aus dem Kaufvertrag auf Uebereignung der Ware an den Kommittenten ab, so wäre der Drittkontrahent verpflichtet, zu dem durch die Tätigkeit des Kommissionärs erzielten günstigen Preise zu liefern und der dingliche Vertrag käme zwischen Kommittent und Drittkontrahent bedenkenlos zustande. Weil das Gesetz nur den obligatorischen Vertrag meint, so ist auch durchaus die Mög-

[1]) Schmidt-Rimpler a. a. O., S. 566 ff.

lichkeit gegeben, daß der Kommissionär bei der Ausführung nicht mehr als Kommissionär handelt, sondern als direkter Stellvertreter unmittelbar für den Kommittenten Eigentum erwirbt. Alle diese Möglichkeiten, denen Langen nicht mit Unrecht eine gewisse Bedeutung beimißt[1]), müssen für die vorliegende Untersuchung ausscheiden, denn die dinglichen Rechte werden in so gearteten Fällen unzweifelhaft in der Person des Kommittenten begründet.

Abgesehen von diesen Ausnahmefällen wird in der Regel aber die Ausführung des Kaufvertrages durch den Kommissionär erfolgen. Dies liegt einmal in dem engen Zusammenhang, der zwischen der Eigentumsübertragung und dem Kaufvertrag als ihrer causa besteht, dann aber auch in dem Wesen des Kommissionsgeschäfts, das wir im Hinblick auf das zwischen Kommissionär und Kommittenten bestehende Vertrauensverhältnis als einen auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrag ansehen können[2]). Der Dienstvertrag erstreckt sich nicht nur auf den kommissionsmäßigen Abschluß, sondern auf die ganze Durchführung des Geschäfts. Der Kommittent will das Gut vom Kommissionär „besorgt" haben. Und gerade die Ausführung durch den Kommissionär wird mangels ständiger Vertretung des Kommittenten am Handelsort notwendig sein. So hat auch das Gesetz diese Möglichkeit als den Regelfall angesehen und setzt den Abschluß des dinglichen Vertrags durch den Kommissionär in den einschlägigen Paragraphen, §§ 384, 388, 390 395 und 397, stillschweigend voraus. Wir können mithin den Abschluß des Uebereignungsvertrages zwischen Drittkontrahenten und Kommissionär als den Regelfall unserer Untersuchung zugrunde legen.

Gleichfalls können wir feststellen, daß der Kommissionär bei der Eigentumsübertragung nicht als direkter Vertreter kontrahieren wird. Abgesehen von dem hieraus entstehenden Widerspruch zu den vorgenannten Paragraphen, wäre es psychologisch schwer verständlich, wenn der beim Vertragsschluß im eigenen Namen handelnde Kommissionär plötzlich im fremden Namen handeln würde, insbesondere da er hierzu nicht den mindesten Anlaß hat. Es sei hier auch auf die zahlreichen Fälle hingewiesen, in denen Abschluß und Ausführung zusammenfallen, beispielsweise der Kommissionär nimmt die ihm realiter angebotene Kaufsache gegen Zahlung des Preises entgegen. Hier handelt der Kommissionär ohne Zweifel bei der Uebereignung im eigenen Namen. Der normale Fall der Abwicklung des Kommissionsgeschäfts ist daher so gelagert, daß der Kommissionär wie beim Vertragsschluß so

[1]) Langen a. a. O., S 7 ff.; vgl. auch die Entsch. des ROHG, Bd. I, S. 84; Bd. 20, S. 314.

[2]) So Staub, § 383, Anm. 19; RG 110, 123 u. a. m.

auch bei der Uebereignung, seiner Kommissionärseigenschaft entsprechend, als Eigenkontrahent handelt. So geht auch sein Wille dahin, äußerlich als Eigenkontrahent zu gelten. Ob er ausdrücklich im eigenen Namen oder ohne jede Aeußerung kontrahiert, ist gleichgültig. Denn wer kontrahiert, kontrahiert im Zweifel im eigenen Namen und muß das Geschäft so lange gegen sich gelten lassen, bis er beweist, daß er nicht im eigenen Namen gehandelt hat. Beide Fälle unterliegen mithin derselben rechtlichen Beurteilung. Es kann insofern der Unterscheidung Langens nicht beigepflichtet werden, der mit dem äußeren Auftreten den Erwerbswillen verknüpft und den im eigenen Namen handelnden Kommissionär immer Eigentümer werden läßt[1]), weil er hier die Eigenerwerbsabsicht habe[2]), den ohne Aeußerung kontrahierenden Kommissionär immer dann, wenn eine Fremdenerwerbsabsicht nicht objektiv erkennbar sei[3]). Diese starre Festlegung hat die Langensche Lehre in weitgehendstem Maße beeinflußt. Der Fehler Langens liegt einmal schon in der falschen Voraussetzung: handelt der Kommissionär im eigenen Namen, so hat er die Eigenerwerbsabsicht. Langen mißt der Tatsache des im eigenen Namen Handelns eine zu tiefe Bedeutung bei. Ihr kann bloß die Bedeutung eines äußerlichen Kriteriums für die Kommissionäreigenschaft (vgl. § 383 HGB) zukommen, nicht aber ist sie Ausdruck des rechtsgeschäftlichen Erwerbswillens (vgl. unsere grundsätzliche Erörterung S. 28 f.)[4]). Das äußere Auftreten kann auch niemals den rechtsgeschäftlichen Willen präsumieren. Es kann von dem Auftreten auf einen gewissen Erwerbswillen geschlossen werden und jenes insofern eine gewisse Bedeutung für die Beweislast haben, aber die untrennbare Verbindung, die Langen konstruiert, muß zurückgewiesen werden. Langens Ansicht müßte zu der unhaltbaren Konsequenz führen, daß in allen Fällen der mittelbaren Stellvertretung der Mittler die Eigenerwerbsabsicht hat, denn hier handelt der Mittler zum mindesten den Umständen nach im eigenen Namen. Es wäre also nach Langen eine mittelbare Stellvertretung überhaupt undenkbar. Auftreten und rechtsgeschäftlicher Erwerbswille haben vielmehr gesonderte Bedeutung und unterliegen verschiedener rechtlicher Beurteilung. Abgesehen hiervon, ist die Langensche Ansicht, daß der im eigenen Namen handelnde Kommissionär immer Eigentümer werde, durch nichts weiter begründet. Sollte sie auch für das neue Recht durch die Ausführungen zum alten Handelsgesetzbuch gestützt sein, nach denen das in Art. 360, II und 368, I

---

[1]) Langen S. 97, 14.
[2]) „ S. 13.
[3]) „ S. 97/98.
[4]) Vgl. auch S. 36, Anm. 4.

ausgesprochene Prinzip den Erwerb des Kommissionärs erfordert[1]), so kann diese Begründung nicht durchschlagen. Denn einmal ist im neuen Handelsgesetzbuch Art. 360, II weggefallen, dann aber betrifft Art. 360, II auch für das alte HGB nur die obligatorischen Rechte[2]). Art. 360, II ist nur als Ergänzung zu Art. 368, dem heutigen § 392, denkbar. Die Untersuchung kann sich also nicht nur auf den nach Langen allein problematischen Fall[3]), daß der Kommissionär seine Fremderwerbsabsicht dem Drittkontrahenten nur nicht kundgibt, erstrecken, sondern muß alle, und zwar die regelmäßigen Fälle erfassen, in denen der Kommissionär, sei es ausdrücklich, sei es den Umständen nach, als Eigenkontrahent bei der Eigentumsübertragung auftritt. In welcher Richtung der Erwerbswille des Kommissionärs läuft, ist eine andere, gesondert zu behandelnde Frage, insbesondere ist der Wille von dem Auftreten nicht notwendig abhängig. Nach diesen Feststellungen kann zu der eigentlichen Kernfrage übergegangen werden: Erwirbt der Kommittent bei der Einkaufskommission das Eigentum am Gut, wenn der Kommissionär normalerweise als Eigenkontrahent auftritt?

B. Die Einkaufskommission.

I. Die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs des Kommittenten nach § 929 BGB.

§ 3.

1. Die Einigung.

Es soll zunächst geprüft werden, ob von den im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Arten des Eigentumserwerbs der § 929 einen Erwerb des Kommittenten am Kommissionsgut ermöglicht.

§ 929 erfordert zur Uebertragung des Eigentumsrechts die Einigung der beteiligten Parteien darüber, daß das Eigentum übergehen soll. Die Rechtsnatur der Einigung war in der gemeinrechtlichen Wissenschaft noch lebhaft bestritten, während heute im allgemeinen hierüber Einigkeit herrscht. Wir können der herrschenden Lehre folgen, die in der Einigung die vermittels gegenseitiger Erklärungen erzielte Willensübereinstimmung über einen Eigentumsübergang sieht. Man kann insofern die Einigung als einen „dinglichen Vertrag" bezeichnen, weil

[1]) Langen S. 14.

[2]) Art. 360, II a. HGB: Durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit Dritten schließt, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Kommittenten und Dritten entstehen keine Rechte. Vgl. auch hierzu Hahn, a. a. O. Art. 360, § 15.

[3]) Langen S. 97.

im Gegensatz zum schuldrechtlichen Vertrag nicht eine Verpflichtung begründet, sondern die Rechtsänderung selbst unmittelbar herbeigeführt wird. Es braucht auf die Streitfrage, ob auch die Uebergabe diesem Vertrage einbegriffen sein soll[1]), nicht eingegangen zu werden, da jedenfalls auch dann an der rechtsgeschäftlichen Natur der Einigung nichts geändert wird. Es finden demnach die allgemeinen Grundsätze, insbesondere auch die Vorschriften über die Stellvertretung, Anwendung[2]).

Zur Prüfung der Frage, ob und welche Rechtswirkung durch die zwischen dem Drittkontrahent und den im eigenen Namen handelnden Kommissionär erfolgte Einigung beim Kommittenten hervorgerufen wird, ist die Vorschrift des § 164, II von ausschlaggebender Bedeutung. Es sei der Wortlaut wiedergegeben:

„Tritt der Wille in fremdem Namen zu handeln nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht".

Ob § 164, II auch bei der dinglichen Einigung Platz greift und das dingliche Recht demgemäß nur in der Person des im eigenen Namen handelnden Kontrahenten und nicht bei einem stillschweigend Vertretenen entstehen kann, ist äußerst streitig und läuft auf das alte Problem des Eigentumserwerbs bei sog. mittelbarer oder stiller Stellvertretung hinaus. Es muß hierzu Stellung genommen werden, da jedenfalls auch der Kommissionär wegen des Handelns im eigenen Namen für fremde Rechnung als stiller Stellvertreter anzusehen ist.

§ 4.

Das Offenheitsprinzip.

Die Vertreter des sog. Offenheitsprinzips bejahen grundsätzlich die Anwendbarkeit des § 164, II auf die Tradition. Insbesondere führt Fr. Leonhard, dem auch die Gestaltung des Offenheitsprinzips zuzuschreiben ist, dazu aus, daß hinsichtlich der Person des Erwerbers allein der Inhalt der vertragsmäßigen Einigung ausschlaggebend sein soll[3]). Was nicht Gegenstand der Einigungserklärung geworden ist, soll grundsätzlich unbeachtet bleiben. In diesem Satz ist das sog. Offenheitsprinzip begründet.

---

[1]) So Enneccerus-Wolff, § 66, 1.

[2]) Es kann insofern der Ansicht Jungs (ZHR Bd. 47, S. 225): die Besitz- und Eigentumsveränderung trete nicht als gewollte Rechtswirkung, sondern nach gesetzlichen Voraussetzungen ein, und dementsprechend fänden die §§ 164 ff hier keine Anwendung, nicht beigepflichtet werden. Diese Ansicht ist für den Besitzerwerb zutreffend, für den Eigentumserwerb aber muß sie versagen, denn die übereinstimmenden Willenserklärungen sind gerade auf eine Rechtsänderung gerichtet, nur durch sie wird die Aenderung hervorgerufen.

[3]) Leonhard a. a. O., S. 31.

Leonhard verkennt nicht, daß meist keine rechtserheblichen Aeußerungen hinsichtlich der Person des Erwerbers abgegeben werden, weil diese dem Veräußerer regelmäßig gleichgültig sei. In allen diesen, und zwar den häufigsten, Fällen[1]) müsse auf die causa des Traditionsvertrages zurückgegriffen und aus dem Sinn der Vertragserklärung, daß der Veräußerer seinem Zweck entsprechend übertragen will, gefolgert werden, daß Erwerber des Gutes im Zweifel der sein wolle, der Gläubiger im Kausalverhältnis sei. Der geheime Wille einer Partei käme dabei garnicht in Betracht, da es sich nur um die Auslegung des objektiven Vertragsinhalts handeln könne[2]). Bei direkter Vertretung erwerbe daher der Vertretene, bei stiller dagegen der Vertreter das Eigentum am Gut.

Die Leonhard'sche Lehre ist schon von Rümelin bekämpft worden[3]). Es sei hier insbesondere auf einige Unklarheiten hingewiesen. Leonhard geht davon aus, daß regelmäßig die Person des Erwerbers dem Veräußerer gleichgültig sei. Andererseits fordert er einen Erwerb des Kausalgläubigers aber gerade deswegen, weil der Veräußerer seinen Zweck, z. B. Befreiung von einer Verbindlichkeit, erreiche, wenn er dem Kausalgläubiger übereigene. Wenn aber der Veräußerer immer an den Kausalgläubiger übereignen will, um damit den von ihm erstrebten Erfolg zu erreichen, so involviert das notwendig, daß der Veräußerer ein dringendes Interesse an der Person des Kausalgläubigers als des Erwerbers hat[4]). Insofern liegt ein Widerspruch vor. Es kann aber auch nicht der Voraussetzung beigepflichtet werden, daß der Veräußerer seinen Zweck regelmäßig nur dadurch erreiche, daß der Kausalgläubiger Eigentümer wird. Wenn z. B. der Komm,ssionär für seinen Kommittentten erwerben will, so erreicht der Veräußerer seinen Zweck, Befreiung von der Kaufvertragsverbindlichkeit, dem Kommissionär als Kausalgläubiger gegenüber gerade auch dann, wenn der Kommittent Eigentümer wird. Dies wird in allen Fällen der mittelbaren Stellvertretung ebenso sein[5]). Und schließlich nimmt Leonhard an, daß in den meisten Fällen die objektive Auslegung der Traditionserklärungen mangels Interesse des Veräußerers an der Person des Erwerbers nichts ergebe. Dann aber soll das Kausalverhältnis herangezogen werden, um doch wieder einen Rückschluß auf den Sinn der objektiven Traditionserklärung des Veräußerers zu geben[6]). Leonhard scheint mir

[1]) Leonhard S. 32.
[2]) ders. S. 34.
[3]) Rümelin a. a. O., S. 233.
[4]) Rümelin a. a. O., S. 232 f.
[5]) So auch Jeroschewitz a. a. O., S. 32.
[6]) Rümelin a. a. O., S. 232.

mithin die Voraussetzungen, von denen er ausgeht, durch das Ergebnis seiner weiteren Feststellungen zu widerlegen. Abgesehen hiervon, sprechen gegen die Leonhardsche Lehre und damit gegen das Offenheitsprinzip die weiter unten zu erörternden (S. 22 ff.) grundsätzlichen Bedenken.

Der Ansicht Leonhards haben sich im Prinzip Enneccerus[1]) und Planck[2]), beide ohne nähere Begründung, angeschlossen. Auch v. Tuhr[3]) verlangt die Anwendung des § 164, II auf die Einigung. Für das Kommissionsgeschäft steht Schmidt-Rimpler[4]) auf dem Standpunkt der Leonhardschen Lehre.

Im Grunde verwandt, weil auch auf das Offenheitsprinzip hinauslaufend, ist die Lehre Lenels, die zwar noch in das gemeine Recht fällt, aber außerordentlich folgenreich auch heute noch ist und daher eine eingehende Behandlung erfordert.

Lenel geht von der Kritik der damals herrschenden Lehre Bremers, die den Willen des Vertreters als maßgeblich ansieht, aus. Er versucht nachzuweisen, daß der innere Wille des Vertreters vielfach eine Fiktion sei, und wenn wirklich ausnahmsweise vorhanden, doch nicht in der Lage sei, schon durch seine bloße Aeußerung in ein fremdes Rechtsgebiet einzugreifen[5]). Im Verfolg dessen kommt Lenel dahin, daß nicht der Mittlerwille, sondern die subjektive Interessenlage das entscheidende Kriterium sei[6]). Und zwar ergeben sich diese „typischen" Interessen immer aus der Gläubigerschaft des der Tradition zugrundeliegenden Kausalverhältnisses. Demzufolge und unter vergleichender Heranziehung verschiedener römischer Ouellen[7]) kommt Lenel zu folgenden zwei Regeln[8]):

„Wer im Auftrage eines andern Besitz erwirbt auf Grund eines für diesen andern bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für diesen andern."

„Wer, sei es auch im Interesse und im Auftrag eines andern, Besitz erwirbt, auf Grund eines für ihn selbst bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für sich selbst. Eine Ausnahme hierfür gilt aber für den Prokurator und Vormund."

Hieraus ergibt sich klar die Bejahung des Offenheitsprinzips, wenn dieses Institut auch erst später durch Fr. Leonhard ge-

---

[1]) Allgem. Teil § 166, 1 b α, Anm. 8.
[2]) Planck, § 164, 5 c.
[3]) v. Tuhr, a. a. O., S. 349 f.
[4]) Schmidt-Rimpler a. a. O., S. 928 ff.
[5]) Lenel a. a. O., S. 50.
[6]) ders. S. 54/55.
[7]) ders. S. 55 ff.
[8]) ders. S. 57.

prägt wurde, denn es sollen nur die bei dem Abschluß des kausalen Grundverhältnisses nach außen hervorgetretenen Umstände rechtliche Bedeutung haben, alle anderen geheim gebliebenen Tatsachen, also z. B. ein stilles Stellvertretungsverhältnis aber unbeachtet bleiben. Lenel läßt allein — nicht hilfsweise wie Leonhard — das Kausalverhältnis für den Besitz und Eigentumserwerb maßgeblich sein, weil bei Fremdgeschäft des Mittlers, also z. B. Kaufvertrag im Namen des Vertretenen „die causa objektiv das typischerweise vorhandene Interesse des Prinzipals am Besitzerwerb zu erkennen gibt“ [1]). Bei Eigengeschäft des Mittlers „läßt die eigene Erwerbs-causa typischerweise eigenes Interesse des Besitzergreifenden erkennen“ [2]). Die Möglichkeit, daß der Erwerber selbst Beauftragter sei, sei deshalb unbeachtlich, weil jedes Obligationenverhältnis nur relativ bindende Bedeutung habe, nicht aber die Erwerbsfreiheit „nach außen hin zu vinkulieren vermag“ [3]).

Lenel kommt m. E. auf einem falschen Wege zu seiner Lehre. Die Ablehnung Bremers, die zu einer Hervorhebung der objektiven Interessenlage schließlich führt, geschieht mit Gründen, die nicht durchzuschlagen vermögen, insbesondere sei hier auf folgenden Fall hingewiesen, den Lenel gegen Bremer ins Feld führt [4]): Einem Kommissionär ist ein Posten Aktien zum Verkauf übergeben und von ihm auch per ultimo verkauft worden. Vor ultimo, also vor der Tradition und Zahlung, stirbt der Kommissionär. Die Erben übergeben gleich nach ultimo dem Käufer die Aktien, das dafür empfangene Geld versiegeln sie und versehen den Pack mit der Aufschrift des Kommittenten. Lenel führt dazu aus, daß es unmöglich von dem Willen der Erben abhängen könnte, ob die Gelder ihr Eigentum oder das des Kommittenten würden. „Eine derartige Ordnung der Dinge, bei der es ganz im Belieben des Kommissionärs liege, den Kommittenten zum Eigentümer zu machen, wäre das Gegenteil der Billigkeit“ [5]). Lenel hätte aber doch die Tatsache zu denken geben müssen, daß das RG, wie er selbst erwähnt, in diesem Fall dem Kommittenten Eigentum an dem Gelde zuschreibt. Dieser hat zweifellos Eigentum erworben. Denn die Erben als Rechtsnachfolger des verstorbenen Kommissionärs waren Vertreter des Kommittenten und konnten sowohl nach gemeinem Recht [6]) als auch unzweifelhaft nach heutigem Recht durch einseitige Willensäußerung das Eigentum dem Kommittenten verschaffen. Für das bürgerliche

[1]) Lenel a. a. O. S. 58.
[2]) ders. S. 67.
[3]) ders. S. 67/68.
[4]) ders. S. 50/51, es handelt sich um einen Fall in RGE 24 S. 307 ff.
[5]) Lenel a. a. O. S. 51.
[6]) Vgl. RG 24 S. 314.

Recht liegt der Fall des Insichgeschäfts vor. Die Erben waren aus dem Kommissionsgeschäft verpflichtet, dem Kommittenten das Eigentum an dem empfangenen Gelde zu verschaffen. Die bei § 181 wegen der Unbeachtlichkeit rein psychisch gebliebener Vorgänge erforderliche Kennbarmachung liegt in dem Einlegen in den mit dem Namen des Kommittenten versehenen Umschlag; gleichzeitig liegt hierin die nach § 930 erforderliche Vereinbarung eines Mittlerverhältnisses. Mithin ist der Kommittent durch Selbstkontrahieren der Erben gemäß §§ 181, 930 Eigentümer geworden. Es liegt m. E. darin, daß der Kommissionär vermittels Willensäußerung in der Lage ist, seiner Pflicht entsprechend, dem Kommittenten das Eigentum zu verschaffen, nicht das Gegenteil der Billigkeit, wie Lenel meint, sondern gerade ein äußerst billiges und dringendem Verkehrsbedürfnis entsprechendes Ergebnis.

Also schon der für seine Lehre maßgeblichen Kritik Bremers vermögen wir nicht zu folgen. Diese selbst unterliegt aber gleichfalls schweren Bedenken. Schon die römischen Quellen, auf die Lenel seine Theorie stützt, erbringen keinen gültigen Beweis, wie Manigk nachweist[1]). Ganz besonders schwerwiegend ist das schon oft angeführte[2]) Argument, daß es nach Lenel unmöglich ist, positive Abmachungen, die dem Kausalverhältnis zuwiderlaufen, zu berücksichtigen. Wenn z. B. ein Vertreter im Namen des Vertretenen gekauft hat, so wäre es dem Tradenten trotz erklärten Einverständnisses des Vertreters hiermit unmöglich, Besitz und Eigentum dem Vertreter zu verschaffen. Umgekehrt wäre es bei Eigengeschäft des Vertreters trotz späterer Offenlegung seiner Vertretereigenschaft, unmöglich, das Eigentum direkt auf den Vertretenen zu übertragen. Mit anderen Worten: die causa soll nach Lenel stärker sein, als die bei der Tradition erklärte Willensübereinstimmung, sicher ein im Hinblick auf die Verfügungsfreiheit des Tradenten unhaltbares Ergebnis! Zu einem ähnlichen Resultat führt die Lehre Lenels in den von ihm offensichtlich unter dem Einfluß des römischen Rechts aufgestellten Ausnahmefällen[3]) des Prokurators, Vormunds und gewisser diesen von Lenel gleichgestellten Personen. Wie Kipp schon gerügt hat[4]), ist es unhaltbar, daß der Prinzipal immer Eigentum beim Eigengeschäft des Wirtschaftsorgans erwirbt, wenn nur die Anschaffung im Rahmen des Auftrags liegt und bei der Besitzergreifung genügend klar hervorgetreten ist, daß die handelnde Person als Wirtschaftsorgan tätig ist[5]). Setzen wir den Fall, Verkäufer und Bedienter

[1]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 370 ff.
[2]) Windscheid-Kipp, Pand. I § 155 Anm. 7a. Goetz S. 24; Jeroschewitz S. 18.
[3]) Lenel a. a. O. S. 62 ff.
[4]) Windscheid-Kipp, Pand. I § 155 Anm. 7a.
[5]) Lenel a. a. O. S. 86/87.

wären sich ausdrücklich darüber einig, daß das zunächst dem Herrn zugedachte Gut allein in das Eigentum des Bedienten übergehen soll, weil es diesem vielleicht besonders gut gefallen hat, und ließen wir hier trotzdem mit Lenel[1]) den Herrn Eigentümer werden, so hieße dies jede eigene Rechtspersönlichkeit des Bedienten leugnen. Kipp redet hier nicht ganz mit Unrecht von einem „himmelschreienden Ergebnis". Schließlich führt Lenel m. E. ein ganz unhaltbares Argument an, wenn er sagt, die Tatsache des Beauftragtseins dürfe um deswillen beim Erwerb nicht ins Gewicht fallen, weil diese schuldrechtliche Verpflichtung nicht die Erwerbsfreiheit einzuschränken vermöge. So richtig letzteres ist, so wenig paßt es aber hierher, denn es ist dem Mittler selbstverständlich immer auch nach allen den Eigentumserwerb bei stiller Stellvertretung behandelnden Theorien die Möglichkeit gegeben, durch entsprechende Willensäußerung selbst Eigentümer zu werden. Lenels Lehre muß mithin abgelehnt werden.

Die Kausaltheorie hat viele Anhänger gefunden, wohl hauptsächlich deswegen, weil der Erwerb des Kausalgläubigers wegen des natürlichen Zusammenhangs zwischen causa und Uebereignung als Zweck und Mittel zunächst besticht. So hat Hupka[2]) die Kausaltheorie kritiklos übernommen. Auch Regelsberger steht grundsätzlich auf dem Lenelschen Standpunkt, wenn er wie für das gemeine[3]), so auch für das bürgerliche Recht[4]) den Grundsatz aufstellt, daß derjenige aus dem Besitzvermittlungsgeschäft als Besitzer und Eigentümer hervorgehe, welchen das Grundgeschäft als zu diesem Erwerb berechtigt ausweise. Insbesondere zieht er bewußt die Konsequenz aus der Lehre Lenels und läßt dem Kausalverhältnis widersprechende Vereinbarungen beim Traditionsgeschäft ausdrücklich nicht gelten[5]), was Lenel so kraß jedenfalls nicht ausgesprochen hat. Dies geschieht an Hand eines Beispiels, das, wie Jeroschewitz schon überzeugend nachgewiesen hat[6]) nicht den mindesten Beweis für die notwendige Außerachtlassung solcher Abmachungen erbringt.

Eine begrüßenswerte Modifikation der Lenelschen Lehre finden wir bei Crome. Crome geht ebenso wie Lenel davon aus, daß für die Frage des Rechtserwerbs das Grundgeschäft der Uebertragung von Wichtigkeit sei, weil es seinem typischen Inhalt nach die Person des Empfangsberechtigten ausweise[7]). Daneben käme aber auch das zwischen dem Mittelsmann und seinem Ge-

[1]) a. a. O. S. 91 f.
[2]) a. a. O. S. 72.
[3]) Regelsberger, a. a. O. S. 422.
[4]) ders. S. 425.
[5]) Regelsberger a. a. O. S. 409 f.
[6]) Jeroschewitz S. 21.
[7]) Crome a. a. O. § 400, IV, 1 b α.

schäftsherrn bestehende Verhältnis in Betracht. Insofern geht Crome über Lenel und Leonhard hinaus, wenn er hier bei einem Dienst- und Abhängigkeitsverhältnis des Mittelsmanns unter Heranziehung des § 855 grundsätzlich den Herrn Besitz und Eigentum erwerben läßt. Wir sehen hierin die notwendige Konzession, die die Vertreter des Offenheitsprinzips zu machen gezwungen sind, denn wie soll für den Fall der Besitzdienerschaft bei Eigengeschäft des vermittelnden Besitzdieners dieser Eigentum erwerben, da doch nach § 855 allein der Herr Besitzer wird und es demzufolge an der zum Erwerb des Mittlers notwendigen Besitzerlangung mangelt? Crome hat als einziger diese notwendige Folgerung gezogen. Bei den konsequenten Vertretern des Offenheitsprinzips bleibt der Fall der Besitzdienerschaft ein ungelöstes Rätsel. Crome geht aber noch einen äußerst interessanten Schritt weiter, obwohl er hierzu nicht mehr notwendig durch einen Mangel des Offenheitsprinzips gezwungen wird. Und zwar kommt es nach ihm bei den anderen Beauftragten darauf an, ob der Mittelsmann die Sache empfängt, um sie den Herrn auszuliefern. Bejahendenfalls erwürbe der Herr mit der Uebergabe an den Vertreter als sein Besitzmittler mittelbaren Besitz und Eigentum [1]). Für den Fall des Kommissionsgeschäfts wäre die einzige Lösung die, die Verkehrsauffassung darüber zu befragen, ob der Kommissionär gegebenenfalls als Besitzmittler des Kommittenten anzusehen sei [2]). So wenig letzteres mangels Erörterung der hier zahlreich vorhandenen Zweifelfragen für die vorliegende Untersuchung ausschlaggebend sein kann, so symptomatisch ist doch die Feststellung Cromes dafür, daß die strenge Durchführung des Offenheitsprinzips selbst für ihn, der von der Kausaltheorie und damit vom Offenheitsprinzip ausgeht, nicht erträglich ist. Verstärkt wird dieser Eindruck noch durch die ausdrückliche Hervorhebung, daß durch übereinstimmende Willenserklärungen immer ein dem Grundverhältnis widersprechendes Ergebnis herbeigeführt werden könne [3]). Im Grunde kommt Crome zu einer völligen Abkehr von der Kausaltheorie. In der Regel wird nämlich ein Besitzmittler- oder Besitzdienerverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Mittelsmann vorliegen, und so nach Crome ein direkter Eigentumserwerb des Vertretenen auch ohne Offenlegung nach außen erfolgen; für die anderen Fälle wird ebenfalls, entgegen der Kausaltheorie, der Erwerb des Vertretenen durch besondere Parteiabmachungen noch ermöglicht. Man kann insofern Crome den Vorwurf eines gewissen inneren Widerspruchs seiner Lehre nicht ersparen. Crome hat es unterlassen, sich klar für oder gegen die Kausaltheorie zu entscheiden. Deshalb sind auch

[1]) Crome a. a. O. § 400, IV, 1 b β.
[2]) ders. ebd. Anm. 48.
[3]) Crome § 400, IV, 2.

die Vorwürfe Jeroschewitz[1]), der ihn als Vertreter des Offenheitsprinzips bekämpft, nicht völlig unberechtigt. Auf den von Crome angedeuteten Erwerb des Vertretenen beim mittelbaren Besitzverhältnis kommen wir unten zurück.

Die von Schloßmann vertretene Abart der Kausaltheorie[2]) braucht hier nicht näher erörtert zu werden, da sie bereits gebührende Ablehnung durch Manigk[3]) und Rümelin[4]) gefunden hat. Es genügt der Hinweis, daß es mit dem Grundsatz der in unserer Rechtsordnung geltenden Privatautonomie unvereinbar ist, den Parteiwillen bei der Stellvertretung gänzlich auszuschalten und allein das zwischen Vertreter und Vertretenem bestehende objektive Verhältnis entscheiden zu lassen.

Grundsätzlich steht auch Manigk auf dem Standpunkt des Offenheitsprinzips. Er führt aus, es wäre in bezug auf die dingliche Seite verfehlt, Geschäftswirkungen von nicht erklärten Umständen, die nach dem Willen des Vertreters einen gewissen Einfluß ausüben sollten, abhängig zu machen. Die Vertretereigenschaft sei mangels Erklärung nicht Bestandteil des Erklärungsgeschäfts geworden und demzufolge dürfe man diesen internen Rechtsverhältnissen auch keine Erheblichkeit beimessen. „Wer in Erfüllung eines Kaufvertrages Eigentum an einen nach außen im eigenen Namen handelnden Vertreter überträgt, überträgt es damit nicht etwa auf Grund der kausalen Beziehung seines Gegners zu einem Mandanten auf den letzteren[5])". Nach Manigk würde also unter grundsätzlicher Anwendung des § 164, II[6]) immer der Kommissionär Eigentümer werden. Manigk hat aber hierbei nicht in Erwägung gezogen, daß seine Lehre, wie Jeroschewitz eingehend darlegt[7]), selbst einen direkten Erwerb des Vertretenen ermöglicht, da die Annahme der Traditionsofferte nicht notwendig durch Willenserklärung, sondern auch durch Willensgeschäft nach § 151 erfolgen kann[8]). Manigk verkennt selbst nicht, daß dem Tradenten die Person des Erwerbers gleichgültig sein kann[9]). Jeroschewitz führt aus[10]), daß in einem solchen Fall regelmäßig der Tradent mangels Interesse an einer ausdrücklichen Annahmeerklärung stillschweigend auf diese verzichtet habe oder eine solche überhaupt nach der Verkehrssitte nicht mehr zu erwarten sei. Danach könne eine Annahme durch bloße Willensbetätigung,

[1]) Jeroschewitz S. 21.
[2]) Schloßmann a. a. O.
[3]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 299 ff.
[4]) Rümelin in Arch. Ziv. Prax. Bd. 83 S. 137 ff.
[5]) Manigk, We. u. Wg. S. 465 f.
[6]) ebd. S. 467 und Anwendungsgebiet S. 367.
[7]) Jeroschewitz S. 71 ff.
[8]) Manigk, We. u. Wg. S. 413.
[9]) ebd. S. 476.
[10]) Jeroschewitz S. 71. — 3a) Manigk, We. Wg. S. 573.

durch Willensgeschäft nach § 151 erfolgen, ohne daß die Annahme dem Gegner erklärt zu werden braucht. Auf diese Annahme des Willensgeschäfts können aber die §§ 164 ff nicht zur Anwendung gelangen, da sie nur für Willenserklärungen geschaffen sind, insbesondere kann auch § 164, II nicht analog angewandt werden, da diese Norm besonders klar an den Gegner gerichtete Willenserklärungen umfaßt. Es ist somit dem Offenheitsprinzip hier kein Raum gegeben[1]). Vielmehr wird der Vertretungswille zu Gunsten des Vertretenen sofort mit der Willensbetätigung wirksam, da er als integrierender Bestandteil des Erfolgswillens hier ebensowenig wie dieser erklärt zu werden braucht[2]). Der Vertretene wird also direkt Eigentümer für den Fall, daß die Annahme der Traditionsofferte durch Willensgeschäft mit gleichzeitigem Vertretungswillen statthafterweise erfolgt. Diese Folgerung hat Jeroschewitz in seiner Abhandlung zwar nicht klar ausgesprochen, aus seinen Ausführungen muß sie aber als gewollt erscheinen[3]).

So begrüßenswert diese Ausgestaltung der Manigkschen Lehre durch Jeroschewitz ist, bedenkenlos kann sie nicht hingenommen werden. Insbesondere kann m. E. nicht der Voraussetzung beigepflichtet werden, daß bei Gleichgültigkeit des Tradenten hinsichtlich des Erwerbers ein Verzicht auf die Annahmeerklärung im Sinne des § 151 regelmäßig vorliegt. Denn auch für diesen Fall will der Tradent wissen, ob tatsächlich seine Traditionsofferte angenommen ist. Er wüßte ja sonst garnicht, ob er noch Eigentümer der Sache ist oder nicht, was schon allein für die Frage von Wichtigkeit ist, ob der erstrebte Erfolg, also beispielsweise Befreiung von der Kaufvertragsverbindlichkeit, erreicht ist. Mir scheint außerdem die Konstruktion der Annahme durch Willens-

---

[1]) so Manigk selbst, ebd. S. 573.

[2]) Jeroschewitz S. 81.

[3]) Cohn a. a. O. S. 153 scheint mir, beeinflußt durch seine eigene Lehre, Jeroschewitz falsch zu verstehen. Nicht soll, wie Cohn meint, die Bestimmung der Person des Erwerbers nach Jeroschewitz gesondert getroffen werden und mit der bloßen Annahme noch nicht entschieden sein, vielmehr betrachtet Jeroschewitz, wie aus seinen Ausführungen S. 70 f zu entnehmen ist, die Annahme und Bestimmung des Erwerbers als einheitliches Ganzes. Beides erhält rechtliche Wirksamkeit erst durch das Willensgeschäft. Zuzugeben ist, daß Jeroschewitz' Ausführungen auf S. 75 irrtumserregend sind, wenn er sagt, daß bei dem Ansichnehmen der dargebotenen Sache der Akzeptant das Bewußtsein habe, der Tradent werde auf seinen Annahmewillen überhaupt schließen und insofern eine stillschweigende Willenserklärung vorliege. Dieser Willenserklärung aber kommt nach Jeroschewitz keineswegs die Bedeutung einer Annahmeerklärung zu, sodaß allein die Bestimmung des Erwerbers dem willensgeschäftlichen Akt überlassen bliebe. Vielmehr erfolgt die Annahme, wie ausdrücklich S. 75 hervorgehoben wird, lediglich durch Betätigung des Annahmewillens, also durch Willensgeschäft. —

geschäft überaus gekünstelt zu sein, denn die Annahme der Traditionsofferte wird in der Regel bei Entgegennahme der Sache durch konkludente Willenserklärung erfolgen; indem der Akzeptant an sich nimmt, erklärt er konkludent, daß er mit einem Eigentumsübergang einverstanden ist. Dies ist der normale und zwanglose Vorgang beim Traditionsgeschäft. Dagegen soll § 151 bloß einen Ausnahmefall regeln. Wie sich aus seiner Stellung im System im Hinblick auf die §§ 147 ff und seinen Zweck: die durch das Erfordernis ausdrücklicher Annahmeerklärung entstehenden Umstände zu vermeiden, ergibt, ist § 151 auch nur für Abwesende gedacht, denn unter Anwesenden kann die Annahme ausdrücklich oder stillschweigend immer ohne Schwierigkeiten erfolgen. Hier hätte der Gesetzgeber keinen Grund zu einer besonderen Regelung gehabt. Dies alles scheint mir von Jeroschewitz nicht genügend beachtet zu sein[1]).

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß, trotzdem bedeutende Autoren für das Offenheitsprinzip eintreten, die einzelnen Theorien Mängel enthalten, die ihre Ablehnung rechtfertigen. Gleichzeitig können wir feststellen, daß sich in den Reihen der Vertreter des Offenheitsprinzips selbst Anzeichen bemerkbar machen, die in gewissen Punkten eine Abkehr vom strengen Offenheitsprinzip erkennen lassen[2]). Dies ist m. E. die notwendige Entwicklung, die erst damit beendet sein wird, wenn eine Aufgabe dieses Prinzips erreicht ist.

Dem Offenheitsprinzip stehen grundsätzliche Bedenken entgegen. Es soll nach ihm der Geschäftsherr nur dann Eigentümer werden, wenn sein Vertreter offensichtlich als solcher auftritt. Dies ist heute bei der Unpersönlichkeit des Geschäftsverkehrs meist garnicht üblich, insbesondere nicht bei Geschäften des täglichen Lebens, bei Besorgungen für eine andere Person aus Auftrag oder Gefälligkeit durch Angestellte, Freunde oder Dienstboten. Soll in allen diesen Fällen der Vermittler Eigentum erwerben und sein Vermögen auf Kosten des Vertretenen bereichern? Dies ist schon deswegen widersinnig, weil die Mittelsperson gar kein eigenes Interesse an dem für den Vertretenen erworbenen Gut hat. Sie erlangt etwas, was sie garnicht erstrebt. Andererseits steht ihr Erwerb im Widerspruch mit der Billigkeit. Es ist Rümelin nur beizupflichten, wenn er sagt: „Der Formalismus, daß der Vermittler, der mit meinem Geld gezahlt hat, Eigentum an den gekauften Gegenständen erwerben soll und daß die betreffenden Objekte seinen Gläubigern evtl. als Zwangsvollstreckungsobjekt dienen, ist in einem modern entwickelten Verkehrsrecht

[1]) Es kann hinsichtlich der willensgeschäftlichen Annahme aber das Ergebnis der Untersuchung Eichlers a. a. O. abgewartet werden.

[2]) Vgl. auch Manigk, Interessenjurisprudenz a. a. O. S. 312.

nicht zu ertragen[1])". Der Konflikt mit der Billigkeit tritt im Konkurse des Vermittlers besonders deutlich zutage. Wir können mit Müller-Erzbach[2]) sagen, daß in Wahrheit die Objekte garnicht zum Vermögen des Vermittlers gehören und dessen Konkursgläubiger kein Anrecht auf sie haben. Es würde den Gläubigern als unerhoffte Beute in den Schoß fallen, was wirtschaftlich betrachtet, nie zu dem Vermögen des Gemeinschuldners gehört hat. Gleichzeitig würde damit das Gut dem Geschäftsherrn entzogen werden, obwohl nur er Interesse hieran hat und von ihm der Anstoß zum Erwerbe ausging. Abgesehen von dem Konkursfall, ist aber aus anderen Gesichtspunkten gerade beim Kommissionsgeschäft ein Erwerb des Kommittenten direkt geboten. Im Handelsverkehr ist die schnelle Abwicklung des Kommissionsgeschäfts im Hinblick auf die Konkurrenz besonders notwendig. Wird der Kommissionär erst Eigentümer, so kann er über das Gut kraft eigenen Rechts verfügen, es beispielsweise zu einem höheren Preise anderweitig verkaufen und es so dem Kommittenten entziehen. Das letzterer dann ein Schadensersatzanspruch hat, vermag ihm das gerade benötigte Gut nicht mehr zu ersetzen. Abgesehen hiervon, kann der Kommissoinär die Eigentumsübertragung auf den Kommittenten hinauszögern und damit dem Kommittenten jede Spekulationsmöglichkeit mit dem Gut nehmen. Der Eigentumserwerb des Kommittenten ist also auch als „Sicherung" gegenüber dem Kommissionär erforderlich.

Vom rechtspolitischen Standpunkt betrachtet, bedeutet die Durchführung des Offenheitsprinzips einen Rückschritt zu der primitiven Epoche, in der der Satz galt: uti lingua nuncupassit, ita ius esto. Es kann nicht mit einer fortschrittlichen Rechtsentwicklung vereinbar sein, daß eine formalistische Rechtsgestaltung auf Kosten ideeller und psychologischer Momente zu einer Außerachtlassung erkennbar erstrebter Rechtswirkungen führt. Dies steht auch schon mit dem Grundsatz im Widerspruch, daß es nach unserer Rechtsordnung den Parteien überlassen bleibt, ihre Rechtsverhältnisse selbst zu gestalten[3]). Die Berechtigung, die man dem Offenheitsprinzip in der Schutzbedürftigkeit des Drittkontrahenten zu geben versucht, kann für das dingliche Geschäft nicht anerkannt werden. Es soll der weiter unten (S. 32 f.) hierüber gehenden Untersuchung vorgegriffen und schon jetzt gesagt werden, daß das Interesse des Tradenten sich nicht auf die Person des Erwerbers des dinglichen Rechts erstrecken kann, weil der Vertreter, selbst wenn er Eigentümer wird, das Eigentum sofort weiterübertragen und es so dem Zugriff des vollstreckenden

[1]) Rümelin a. a. O., S. 218.
[2]) Müller-Erzbach a. a. O., S. 27.
[3]) Vgl. Manigk, Irrtum u. Auslegung S. 44 ff.

Tradenten jederzeit entziehen kann. Dem Tradenten muß die obligatorische Verpflichtung des Vertreters genügen, die, unbeeinflußt durch den Weg des dinglichen Rechts, unverändert bestehen bleibt. Das Offenheitsprinzip soll dem Schutze der Rechtssicherheit dienen, im Grunde genommen ist aber das Gegenteil der Fall.

§ 5.
Die Gegner des Offenheitsprinzips.

Unter dem Einfluß solcher Erwägungen hat es dann auch nicht an Versuchen gefehlt, den mißlichen Folgen des Offenheitsprinzips zu entgehen.

Einer der ersten Autoren war Rümelin, der, um es gleich vorauszuschicken, eine befriedigende Lösung trotz grundsätzlicher Anwendung des § 164, II auf die Tradition zu finden glaubte [1]). Rümelin geht von der Erwägung aus, daß § 164, II nicht den Fall umfaßt, bei dem zwar das alieno nomine agere durch das Verhalten der Mittelsperson ersichtlich ist, aber nicht erkennbar wird, für wen das Geschäft speziell gelten solle. Unter Heranziehung verschiedener Beispiele tut er dar, daß in diesen Fällen von einer Haftung des Vertreters deshalb, weil er den Namen seines Vollmachtgebers nicht genannt habe, keine Rede sein könne. Der Vertrag käme eben hier mit dem zustande, den es angeht, ohne daß der Vertragsgegner konkret wisse, wer es sei [2]). Ganz besonders leuchte dies bei den Traditionsverträgen ein, weil die Traditionsofferte des Tradenten im Zweifel immer in dem Sinne auszulegen sei: du kannst für dich oder für einen andern erwerben [3]). Dieser Traditionserklärung: ich übergebe dir für dich oder einen andern, den es angeht, entspräche auch der Inhalt der Empfangserklärung, und mit diesem unbestimmten Hinweis auf ein mögliches alterius nomine agere sei dem Erfordernis des § 164 genügt [4]). Da die Abmachung zwischen Tradenten und Geschäftsmittler meist neutralen Sinn habe, so müsse derjenige, den es angeht, auf Grund des wahren zwischen Vertreter und Vertretenem bestehenden Verhältnisses bestimmt werden [5]).

So anerkennenswert Rümelins Theorie im praktischen Ergebnis ist, ihre theoretische Konstruktion kann berechtigter Kritik nicht standhalten. Bis dahin scheinen mir Rümelins Ausführungen richtig zu sein, daß bei ersichtlicher Vertretereigenschaft der Vertrag auch mit dem zustande käme, der als indivi-

[1]) Rümelin, a. a. O., S. 194.
[2]) ders. S. 200.
[3]) ders. S. 229.
[4]) ders. S. 231.
[5]) ders. S. 241.

duelle Persönlichkeit dem Tradenten nicht bekannt ist. Dies ist heute, insbesondere hinsichtlich der Frage des Einkaufs in einem offenen Laden, selbst von Planck[1]) nicht mehr bestritten. Die hieraus gezogene Folgerung aber, daß der dingliche Vertrag auch bei nichtersichtlicher Vertretereigenschaft mit dem, den es angeht, zustande käme, scheint mir keine folgerichtige Entwicklung, sondern eine neue, durch das vorhergehende nicht im mindesten begründete Feststellung zu sein. Daran ändert auch nichts für die dinglichen Verträge die besondere einseitige Gestaltung der Traditionsofferte, denn auch diese ist nicht immer an einen Unbestimmten, den es angeht, gerichtet, sondern sehr oft aus bestimmtem Interesse heraus gerade an eine ganz bestimmte Person, man denke nur an die causa donandi und obligandi[2]). Es kann von dem Tradenten nicht verlangt werden, daß er in diesen Fällen erst die „Vermutung der allgemein gehaltenen Offerte" durch besondere Erklärung durchbrechen soll, wie Rümelin dies will[3]). Dadurch würde eine Vermutung für den Inhalt einer Willenserklärung aufgestellt werden, die schon an sich undenkbar ist. Es scheint mir auch der Vorwurf Enneccerus' berechtigt zu sein, der sich gegen die Bestimmung des Erwerbers aus dem Mittlerverhältnis richtet. Enneccerus führt aus[4]), es könne nicht angehen, daß eine Rechtsfolge rein objektiv nach der „Praktikabilität der Resultate[5])" entschieden werde. Dies würde gegen den Grundsatz verstoßen, daß sich die Rechtwirkungen nach den Willensäußerungen der Geschäftssubjekte richten. Und schließlich ist m. E. die einem Erwerb des still Vertretenen hauptsächlich entgegenstehende Schwierigkeit des § 164, II nicht gelöst. Setzen wir voraus, daß die Traditionsofferte den ihr von Rümelin gegebenen Inhalt wirklich hat, dann ist doch noch lange nicht die Empfangserklärung entsprechend gestaltet, beispielsweise, wenn der Vertreter nur für sich erwerben will. Pflichten wir auch hier selbst Rümelin bei, so ist mit diesem unbestimmten, stillschweigend in der Empfangserklärung enthaltenen Hinweis auf ein „mögliches alterius nomine agere" keineswegs dem Erfordernis des § 164, II genügt. Denn das Wesen des § 164, II besteht ja gerade darin, daß der Wille, in fremdem Namen zu handeln, für den einzelnen Fall erkennbar gemacht wird. Diese auch stillschweigende Hinweise umfassende Ausdehnung des § 164, II muß daher als dem Gesetz zuwiderlaufend abgelehnt werden.

[1]) Planck § 164, 4.
[2]) Gegen eine solche Gestaltung der Traditionsofferte auch Enneccerus, § 167 Anm. 6; Oertmann, § 164, 1 e β, Planck § 164, 4 b β.
[3]) a. a. O., S. 200.
[4]) Enneccerus, § 167 Anm. 6 (Allgem. Teil).
[5]) So Rümelin a. a. O., S. 241.

Auf einem anderen Wege glaubte Eck zum Ziel zu gelangen, Eck will zwar ebenfalls § 164, II auf die Tradition anwenden, ihn aber auf das Verhältnis zwischen Tradent und Mittler beschränken. Nur gegenüber dem Tradenten dürfe sich der Mittler nicht auf seinen Willensmangel berufen. Außerhalb des Verhältnisses zwischen den beiden Kontrahenten müsse aber der Vertretungswille nicht notwendig außer Betracht bleiben [1]).

Wie sich aber Eck die praktische Ausgestaltung seiner Lehre denkt, ist uns von ihm in seiner denkbar kurz gehaltenen Stellungnahme zu dem Problem nicht verraten worden. In seinem berühmt gewordenen Beispiel, in dem die von der Haushälterin mit Mitteln des Herrn gekauften Löffel vor der Ablieferung von den Gläubigern der Haushälterin gepfändet werden, nimmt Eck ohne Zweifel Eigentumserwerb des vertretenen Herrn an, wenn er ihm die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO gewährt. Andererseits muß die Haushälterin gegenüber dem Tradenten Eigentümerin geworden sein, da ihm gegenüber ja der Mangel des Eigenerwerbswillens nicht in Betracht kommen darf. Die Lehre Ecks würde, wie Oertmann richtig bemerkt, „zu einer begrifflich anstößigen Relativität des Eigentums führen (nach innen wäre der Erklärende nach außen der Vertretene Eigentümer)“ [2]).

Der Meinung Ecks schlossen sich früher Cosack und Kipp an, haben aber neuerdings diesen Standpunkt wieder aufgegeben.

Die Versuche, eine beifallswerte Lösung trotz Anwendung des § 164, II auf die Tradition zu finden, sind als gescheitert zu betrachten. Die in § 164, II und in dem Eintreten für einen Eigentumserwerb des still Vertretenen zum Ausdruck kommenden Prinzipien sind eben so verschiedener Natur, daß sie sich nicht vereinen lassen. Auf jeden Fall hat sich Ecks Prophezeiung, daß der § 164, II noch viel Staub aufwirbeln würde, vollkommen erfüllt.

Man hat dann hieraus auch die Konsequenz gezogen und verschiedentlich die Meinung vertreten, daß § 164, II für die dingliche Tradition nicht zur Anwendung gelangen könne. Eine Reihe bedeutender Autoren haben sich in diesem Sinne geäußert. Insbesondere hat Oertmann unter ausführlicher Darlegung aller Lehrmeinungen und unter Berücksichtigung aller Möglichkeiten, in denen der Tradent ein Interesse an der Person des Erwerbers haben könnte, verlangt, daß in allen, und zwar den meisten Fällen, in denen der Tradent keinen ersichtlichen Wert auf eine bestimmte Person lege, der § 164, II für die Tradition auszuschließen sei. Hier sei für den Erwerb der auf Grund aller

[1]) Eck a. a. O. S. 179.
[2]) Oertmann, § 164, 1 e β.

Umstände ermittelte erkennbar hervorgetretene Wille des Vertreters, sei es für sich sei es als Vertreter zu handeln, maßgebend.

Den gleichen Standpunkt vertritt Neumann[1]). Nach ihm bedarf es, wenn die Person des Erwerbers dem Veräußerer gleichgültig ist, zu einer Eigentumsübertragung keiner Einigung über die Person des Erwerbers. Ein im eigenen Namen handelnder Vertreter erwirbt, wenn das Interesse des Veräußerers nicht entgegensteht, und Vertreter und Geschäftsherr im Einverständnis sind, das Eigentum für den Geschäftsherrn. Hieraus können wir die gewollte Ausschaltung des § 164, II entnehmen.

Auch Staudinger hält ganz im Sinne Neumanns eine Willenseinigung über die Person des Erwerbers für überflüssig, wenn dem Tradenten diese gleichgültig sei[2]). § 164, II, der den zerstörenden Wirkungen des Mangels der Willensübereinstimmung beim Abschluß von Verträgen vorbeugen soll, sei dann nicht anzuwenden, wenn ein solcher Mangel nicht vorliegt[3]).

Ebenso sieht Kuhlenbeck[4]) den § 164, II als singuläre im Interesse des Drittkontrahenten gegebene Vorschrift an, die nicht ausschließt, daß der Vertretene aus dem stillschweigend für ihn geschlossenen Vertrag wenigstens dann Rechte erwirbt, wenn der Dritte kein gegenteiliges erhebliches Interesse geltend machen kann, nicht mit ihm kontrahiert zu haben. Kuhlenbeck kommt in der theoretischen Konstruktion Eck nahe, im praktischen Resultat bedeutet seine Ansicht aber eine Ausschaltung des § 164, II.

Ganz in dem Sinne der Vorgenannten äußern sich Cosack[5]), Biermann[6]) und Endemann[7]). Endemann betont noch ausdrücklich, daß von einer Bestimmung, wie von der Kenntnisnahme der Person des Vertretenen Abstand genommen werden könne, wenn der Eigentumserwerb durch einen Vertreter vermittelt werde. Auch Götz[8]) und Hempel[9]) wollen mangels Schutzbedürftigkeit des Tradenten § 164, II für die Tradition ausschalten, da die Person des Erwerbers dem Tradenten regelmäßig gleichgültig sein könne.

Diese stattliche Anzahl teils hochangesehener Autoren ist zu dem Ergebnis gekommen, daß es der ratio legis entspräche, den offenbar nur für obligatorische Geschäfte gedachten § 164, II[10]) auf die dingliche Tradition nicht anzuwenden, wenn seinem Sinn

[1]) Neumann, a. a. O. § 929 Erl. II, 2 f.
[2]) Staudinger § 929, IV, 2 b β.
[3]) ders. § 164, 3 c.
[4]) Kuhlenbeck a. a. O. § 164, 3.
[5]) Cosack a. a. O. § 198, II, 2 b.
[6]) Biermann, § 929, 3.
[7]) Endemann, a. a. O. § 80, 2 a 3.
[8]) Götz a. a. O. S. 10 ff.
[9]) Hempel a. a. O. S. 28 ff.
[10]) Vgl. unten S. 30 f.

und seiner Zweckbestimmung nach kein Anlaß zu seiner Anwendung gegeben sei. Speziell für das Kommissionsgeschäft und seine besondere Sachlage ist dieser Standpunkt nicht vertreten [1]). Jung wollte, wie oben S. 13 No. 2 bereits erwähnt, den § 164, II aus anderen Gründen fallen lassen, steht aber neuerdings [2]) auf dem Standpunkt, daß § 164, II einem unmittelbaren Erwerb des Kommittenten nicht entgegenstünde, weil diese Vorschrift nur die obligatorische Bindung des nicht erkennbar als Vertreter Handelnden gegenüber dem Tradenten erhalten wolle. Rumpf [3]) beschränkt sich auf die Behauptung, daß man die ganz allgemeine Bestimmung des § 164, II nicht als sich auch auf die dingliche Frage des Eigentumserwerbs beziehend aufzufassen brauche. Petri [4]) erwähnt den § 164, II überhaupt nicht.

Es ist daher im folgenden unter Berücksichtigung der besonderen Lage beim Kommissionsgeschäft zu untersuchen, ob die in Frage stehende Vorschrift auf den Tatbestand des kommissionsmäßigen Einkaufs anwendbar ist.

§ 6.

Die Lösung für das Kommissionsgeschäft.

Will der Richter eine gesetzliche Norm anwenden, so muß er prüfen, ob der vorliegende praktische Tatbestand überhaupt unter die Norm subsumierbar ist. Untersuchen auch wir daraufhin den Tatbestand des kommissionsmäßigen Handelns, so ergeben sich bereits grundsätzliche Schwierigkeiten. Unserer Untersuchung liegt der Regelfall zugrunde, daß der Kommissionär, der normalen Abwicklung des Kommissionsgeschäfts entsprechend, als Eigenkontrahent bei der dinglichen Rechtsübertragung auftritt (s. o. § 2). Dementsprechend will er dem Tradenten gegenüber auch als Eigenkontrahent gelten. Gerade das Gegenteil wird aber in § 164, II vorausgesetzt, nämlich daß der Handelnde von vornherein die Absicht hat, das Geschäft als völlig fremdes hinzustellen, es aber unterlassen hat, diese Absicht genügend erkennbar zu machen [5]). § 164, II, wie § 164, I und III, geht eben von der gedachten Voraussetzung aus, daß derjenige, welcher im eigenen Namen handelt, auch immer das Geschäft, in Ausführung und Wirkung als eigenes, und umgekehrt der in fremden Namen handelnde es

[1]) Die einschlägigen Dissertationen von Möller, Vogel und Deutskens lassen grundsätzlich § 164, II für den Kommissionseinkauf zu. Buchholz, der ausnahmsweise bei bestimmtgelagertem Fall den Kommittenten Eigentum erwerben läßt, erörtert die hier auftretende Schwierigkeit des § 164, II überhaupt nicht.

[2]) Jung in Stammler S. 658.

[3]) Rumpf a. a. O. S. 113.

[4]) Petri a. a. O.

[5]) Vgl. RG 58, S. 277.

als fremdes ansieht[1]). Ganz abgesehen hiervon, daß diese Annahme dem praktischen Leben nicht gerecht wird[2]), entspricht sie auch nicht dem Tatbestand des kommissionsmäßigen Handelns. Gerade hierin liegt m. E. das Charakteristikum des Kommissionsgeschäfts, daß der einkaufende Kommissionär beim Uebereignungsvertrag als Eigenkontrahent auftreten will, gleichzeitig aber das Eigentumsrecht von vornherein als dem Kommittenten gehörig betrachtet. Er hat keinerlei eigenes Interesse an dem Gut[3]). Diese Diskrepanz zwischen äußerlichem Handeln und erstrebtem Erfolg entspricht im Gegensatz zu der formalistisch-juristischen Konstruktion dem wirklichen Vorgang. Dies ist in Wahrheit das Wesen des Handelns im eigenen Namen für fremde Rechnung. Es ist durchaus Rumpf beizupflichten, der ausführt[4]), daß „die so schön und rationalistisch klar gedachte Alternative vom Willen, in fremdem Namen zu handeln, im Gegensatz zum Willen, im eigenen Namen zu handeln, sinnlos ist angesichts solcher „Vertreter", die von der juristischen Stellvertretung keinen Schimmer nnd kein Interesse haben".

Greifen wir auf die für eine Normanwendung maßgebliche, in den Materialien und im Wortlaut der Norm selbst zum Ausdruck kommende voluntas legis zurück, so stellen wir auch hier fest, daß der Gesetzgeber bei der Abfassung des § 164, II den Fall der Einkaufskommission nicht gemeint haben kann.

In den Materialien ist umfangreich zu der Vorschrift des § 164, II Stellung genommen worden. In den metallographierten Protokollen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs sind auf S. 222 zu Abs. II des § 111, jetzigem § 164, folgende Ausführungen gemacht[5]): „. . . Erwogen wurde insbesondere, daß die Fälle der sogenannten indirekten Stellvertretung, in welchen jemand kontrahiere, um einer obligatorischen Verpflichtung gerecht zu werden, überaus häufig seien, und daß die Gestattung des Einwandes, nicht im eigenen Namen gehandelt zu haben, die Gefahr zahlreicher Schikanen und Streitigkeiten nahe lege." Die Motive bringen folgende Ausführungen[6]): „Fehlt es an der Kundgebung des Vertragswillens und hat andererseits der Handelnde auch nicht beabsichtigt, das Rechtsgeschäft im eigenen Namen einzugehen, so greifen an sich die Bestimmungen der §§ 95, 97 — 100 — Irrtum — Platz. Das Gewollte ist nicht erklärt und das Erklärte ist nicht gewollt. Das praktische Bedürfnis erfordert eine andere Gestaltung. Mit der Zulassung des Einwandes würde,

[1]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 319 ff.
[2]) Vgl. RG 56, S. 300.
[3]) Vgl. unten S. 36.
[4]) Rumpf a. a. O., S. 113.
[5]) Vgl. Götz a. a. O. S. 6.
[6]) Mot. Bd. I S. 226.

namentlich bei der Häufigkeit der sog. mittelbaren Vertretung, Schikanen und Streitigkeiten in zahlreichen Fällen Tür und Tor geöffnet werden, ein Umstand, der schon jetzt die Praxis dazu geführt hat, denjenigen, der die Kundgebung des Vertragswillens unterläßt, als Kontrahent im eigenen Namen zu behandeln . . . Der Absatz II stellt sich auf den gleichen Standpunkt." In den Protokollen der Kommissionen für die zweite Lesung des Entwurfs findet sich die Ablehnung eines Antrags, der dem irrtümlich im eigenen Namen handelnden Vertreter ein Anfechtungsrecht geben wollte, mit folgenden Gründen[1]): „Der Antragsteller geht davon aus, man dürfe von dem Vertreter insbesondere dann, wenn er, wie dies nicht selten vorkomme, infolge sehr verzeihlicher Fahrlässigkeit irrtümlich angenommen habe, der Gegenkontrahent verstehe, daß er in fremdem Namen handele, nicht mehr verlangen, als daß er so hafte, wie wenn er selbst kontrahiert und sich dabei im Irrtum befunden habe . . . . Für die Ablehnung des Antrags war im übrigen die Erwägung maßgeblich, daß eine demselben entsprechende Vorschrift die Verkehrssicherheit gefährden und mit der Entwicklung des neuen Rechts nicht im Einklang stehen werde . ." Und ferner heißt es in der Denkschrift[2]): „Ist die Kundgebung unterblieben, so kann mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommen. Vielmehr muß der Vertreter trotz dieses Mangels so haften, wie wenn er im eigenen Namen gehandelt hätte".

Aus allen diesen Stellen ergibt sich zweifellos, daß die Absicht des Gesetzgebers die war, bei nicht erkennbar hervorgetretenem Vertreterwillen im Interesse des Dritten eine Anfechtungsmöglichkeit des Vertreters auszuschalten. Wie schon erwähnt, wickelt sich der alltägliche Geschäftsverkehr vielfach in der Weise ab, daß der Handelnde seine Vertretereigenschaft seinen Gegenkontrahenten nicht wissen läßt. Glaubt er aber nun, der andere kenne seine Vertreterschaft oder seine Erklärung wirke auch so für seinen Geschäftsherrn, so erklärt er nicht das, was er will, auch will er andererseits nicht, was er nach außen erklärt. In allen diesen Fällen wäre er wegen eines Irrtums über den Inhalt seiner Erklärung berechtigt, das Geschäft nach §§ 119, 142 durch Anfechtung zu vernichten. Und dies soll gerade, wie die Materialien ergeben, vermieden werden, insbesondere soll sich der nicht erkennbar als Vertreter Handelnde nicht vermittels einer Anfechtung seiner Haftung entziehen können. Gerade er soll weiter dem Drittkontrahenten zur Erfüllung seiner Vertragsverbindlichkeit verhaftet bleiben und nicht eine andere, vielleicht

[1]) Prot. 2. Lesung, Bd. I S. 136.
[2]) Denkschrift S. 26.

weniger kreditwürdige Persönlichkeit an seine Stelle treten können. Andernfalls würde eine große Rechtsunsicherheit heraufbeschworen.

Die Materialien können allerdings bei der Gesetzesauslegung allein nicht maßgeblich sein, da das Gesetz, mit seinem Inkrafttreten von seiner Entstehungsgeschichte losgelöst, eine selbständige Existenz erlangt. Der Richter ist an den Wortlaut des Gesetzes und nicht an die dem Gesetzgeber bei der Abfassung vorschwebenden Absichten gebunden. Gleichwohl können wir aber feststellen, daß der Wortlaut des § 164, II zu demselben Ergebnis führt, auf welches die Materialien hinweisen. Wenn das Gesetz sagt, der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, soll außer Betracht bleiben, so kann dies eben nur dahin verstanden werden, daß dieser Willensmangel nicht zu einer Aufhebung des bereits perfekten Vertrages vermittels Anfechtung, als der einzig denkbaren Möglichkeit, führen soll. Insoweit ist man sich heute über die Bedeutung des § 164, II im allgemeinen einig[1]). Kommen wir hinsichtlich des Inhalts des § 164, II zu diesem Ergebnis, so können wir feststellen, daß mit einer Anwendung dieser Norm auf den kommissionsmäßigen Uebereignungsvertrag sein Zweck verfehlt wäre. Denn da der Kommissionär wie beim Abschluß des obligatorischen Vertrages so auch bei dem des dinglichen Vertrages als Eigenkontrahent gelten will und dementsprechend handelt, so ist es undenkbar, daß er im Irrtum über den Erklärungswert den Kaufvertrag anfechten würde. Nicht unterläßt er es versehentlich, seiner Vertretereigenschaft kund zu tun, sondern er tut dies bewußt. Man kann insoweit auch sagen, daß ein Mangel in der Willensübereinstimmung der beteiligten Parteien nicht vorliegt. Eine Einigung über die Person des Erwerbers gehört, wie unten (S. 34) noch erörtert wird, nicht zu dem essentialia negotii des Uebereignungsgeschäfts. Mithin wäre der ratio legis des § 164, II: Verhinderung der Anfechtung wegen Erklärungsirrtums, bei seiner Anwendung auf die Einkaufskommission nicht entsprochen.

Andere Gesichtspunkte verlangen ebenfalls eine Ausschaltung dieser Vorschrift. § 164, II ist allgemein als eine im Interesse des Drittkontrahenten notwendige Schutzbestimmung anzusehen. Es ist beim Abschluß obligatorischer Verträge für den Drittkontontrahenten im Hinblick auf die Kreditwürdigkeit von größtem Interesse, daß die rechtlichen Beziehungen, insbesondere die

[1]) Anderer Ansicht ist Manigk, (We. u. Wg. S. 168/69 und Anm. 327), der § 164, II nur für die Auslegung gelten lassen will und ihm die den § 119 aufhebende Kraft versagt. Würde man dieser Ansicht folgen, so wäre § 164, II überflüssig, da eine Handlung ohne ausdrückliche Aeußerung als im eigenen Namen abgegeben auch ohne § 164, II gilt. Als Auslegungsregel ist im übrigen § 164, II nicht notwendig und auch nicht vorgesehen, wie sich aus den angeführten Materialien ergibt.

Schuldnerschaft, in der Person seines ihm bekannten Gegenkontrahenten entstehen. Denn gerade die Kenntnis oder Vermutung von der finanziellen Lage des Betreffenden ist von ausschlaggebender Bedeutung für den Abschluß des Geschäfts.

Ein solches schutzwürdiges Interesse des Drittkontrahenten liegt aber bei der Tradition zum Zwecke der Erfüllung einer Kaufvertragsverbindlichkeit nicht vor. Das Streben des Verkäufertradenten geht dahin, sich von der Kaufvertragsverbindlichkeit aus § 433 BGB zu befreien. Dies ist schon immer dann erreicht, wenn der Tradent die Ware dem Käufer zur freien Verfügung unter gleichzeitiger Aufgabe seines Eigentumsrechts überläßt. Anders dagegen liegt es beispielsweise bei der Schenkung, weil hier der Tradent gerade der Person, die er beschenken will, das Eigentum verschaffen will. Der Verkäufer dagegen hat nur ein Interesse daran, sich zu befreien, um den vereinbarten Preis zu erhalten. Weil der Käufer, wenn er auch nicht Eigentümer wird, obligatorisch zur Zahlung verpflichtet bleibt, so liegt die Person des Erwerbers ganz außerhalb des Geschäftsinteresses des Verkäufers[1]). Hinzu kommt noch, daß im Handelsverkehr die Person des Erwerbers des dinglichen Rechts ganz allgemein ohne Interesse für den Verkäufer ist. Sinn und Zweck des Handelsverkehrs ist materieller Gewinn. Ist dem Verkäufer der Preis bezahlt oder scheint ihm die Person des Käufers genügend kreditwürdig, so erschöpft sich hierin sein Interesse[2]). Der Verbleib der Ware ist ihm von dem Augenblick der Uebergabe an vollkommen gleichgültig, insbesondere auch die Person des Eigentümers im Rechtssinne. So ist die Sachlage ohne Zweifel bei Barkäufen. Aber auch bei Kreditkäufen trifft dies zu. Uebergibt der Verkäufer die Ware auf Kredit, so ist ihm das rechtliche Schicksal der Ware ebenso gleichgültig wie beim Barkauf, insbesondere rechnet er nicht damit, daß ihm die übergebene Ware noch eine gewisse Sicherheit bei der Zwangsvollstreckung wegen der Kaufgeldforderung bieten könne. Dies beweisen schon die vielen Eigentumsvorbehalte und pfandmäßigen Sicherungsmittel, die gerade heute so üblich sind. Hat der Verkäufer erst einmal sein Eigentum aufgegeben, so bleibt ihm, abgesehen von diesen besonderen Maßnahmen, nur noch das obligatorische Recht, denn in der Uebertragung des Eigentums liegt die Uebertragung sämtlicher mit dem Eigentum verbundener Rechte (§ 903 BGB), insbesondere das Recht, das Eigentum sofort an einen Dritten weiter zu übertragen. Insofern bedeutet also auch bei Kreditkäufen ein etwaiger Erwerb des Vertreters keine Sicherheit für den Tradenten. Deshalb ist auch sein Erwerb zum Schutze des Tradenten nicht erforderlich.

[1]) Jung a. a. O. S. 191.
[2]) ebenso Langen S. 26.

Leonhard wendet dagegen ein[1]), daß der Erwerber in der Regel nicht gleich zu einem angemessenen Preise weiterveräußern könne und das Gut so längere Zeit dem Zugriff des vollstreckenden Veräußerers unterliege. Gegen unentgeltliche Weiterveräußerung sei der Verkäufer aus § 3 Ziff. 2—4 Anf. Ges. geschützt. Gerade beim Kommissionsgeschäft ist aber das Gegenteil der Fall. Der Kommissionär ist sogar verpflichtet, dem Kommittenten das Gut sogleich herauszugeben. Auch erfolgt die Herausgabe nicht unentgeltlich, sondern gegen Erstattung der Auslagen. Wir können mithin feststellen, daß der in § 164, II erstrebte Zweck: Schutz des Drittkontrahenten, bei der Einkaufskommission garnicht in Frage steht.

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, entgegen der sich aus den Materialien ergebenden voluntas legis die Bedeutung des § 164, II auf den Schutz des Mittlersinteresses auszudehnen[2]). Der Mittler müsse wegen seiner Kaufgeldforderung gegenüber dem Vertretenen durch Eigentumserlangung gesichert werden. Diese Auffassung würde schon mit dem Gesetzestext in Konflikt geraten. In § 164, II wird vorausgesetzt, daß der Handelnde die Wirkung des Geschäfts, also auch den Eigentumserwerb, unmittelbar seinem Geschäftsherrn zugute kommen lassen will (der Wille, in fremdem Namen zu handeln). Mit dieser Fremderwerbsabsicht hat der Mittler gleichsam auf die Eigentumssicherung verzichtet. Es würde widersinnig anmuten, wollte ihn das Gesetz trotzdem zu seiner Sicherung zum Eigentümer machen. Abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmefällen wird niemand gegen seinen ausdrücklichen Willen geschützt. Erst recht kein Raum ist für diese Auffassung beim Kommissionsgeschäft gegeben. Hier ist ja der Kommissionär durch sein gesetzliches Pfandrecht geschützt. Sollte § 164, II den ihm beigelegten Zweck haben, so hätte sich § 392 HGB völlig erübrigt. Denn dann hätte dem gesetzgeberischen Willen entsprechend § 164, II zur Anwendung gelangen müssen und dem Kommissionär wäre Eigentum verschafft worden, das ihm eine viel stärkere rechtliche Stellung verleiht als das Pfandrecht. Mithin ist auch aus diesem Gesichtspunkt heraus eine Anwendung des § 164, II nicht zu rechtfertigen.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß sich einmal die Tatbestände des § 164, II und des kommissionsmäßigen Handelns nicht decken und insofern eine Anwendung des § 164, II wegen der Schwierigkeit der Subsumtion schon bedenklich wäre. Vor allem aber können wir feststellen, daß die hinsichtlich der obligatorischen Seite klarliegende Bedeutung des § 164, II bei der

[1]) Leonhard a. a. O. S. 29/30.
[2]) Soergel § 164, 9; auch Leonhard S. 13 f. betont das Interesse des Mittlers an einem Eigentumserwerb.

Tradition an den Kommissionär hinfällig ist. Es liegt keine Anfechtungsgefahr durch den Kommissionär und auch keine Schutzbedürftigkeit des Tradenten vor. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich nicht nur, sondern ist als ein Gebot der ratio legis anzusehen, den § 164, II hier auszuschalten. Diese Entscheidung entspricht nicht nur dem formalen Regelrecht, sondern vor allem auch wegen der oben (S. 22 f.) angezeigten Interessenlage unserem persönlichen Rechtsbewußtsein, das in jedem derartigen Streit durch den Rückgriff auf Recht und Unrecht eine gewisse Bedeutung hat[1]).

Mit § 164, II ist die Schwierigkeit gefallen, die einem direkten Eigentumserwerb des Kommittenten entgegenstand. Denn jetzt ist es nicht mehr als notwendig zu erachten, daß der Kommissionär seine Vertretereigenschaft, wie es § 164, II verlangt, dem Tradenten erkennbar macht.

Kehren wir zu den Voraussetzungen des Eigentumserwerbs zurück, so müssen wir fragen: Ist für einen Erwerb des Kommittenten dem Erfordernis der Einigung genügt, obwohl nur Tradent und Kommissionär beim Einigungsvertrag kontrahieren? Das Gesetz sagt in § 929: „. . . und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergeht". Diese Fassung des Gesetzes wird der wirklichen Sachlage mehr gerecht als die Fassung des ersten Entwurfes, der Willenserklärungen der Vertragschließenden: „daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen sollte", verlangte. Da mangels Interesse des Tradenten seine Willensrichtung nicht auf eine bestimmte Person geht, so ist der jetzige § 929 als ein der Forderung des Verkehrs gerecht werdender Fortschritt zu werten. Es ist Jung beizupflichten, der sagt: „Die nunmehrige Fassung bleibt mit ihrer Tatbestandsbildung im Rahmen dessen, was im natürlichen Tatbestand gegeben ist[2])". Zum Abschluß des dinglichen Vertrages genügt daher die Einigung über „einen" Eigentumsübergang. Die Einigung über einen bestimmten Erwerber ist nicht notwendig. Wir finden somit im Gesetz die Möglichkeit des Eigentumsübergangs an eine unbestimmte Person anerkannt. Insofern müssen wir § 929 auch als eine im Interesse des Verkehrs erforderliche Ausnahme von dem unser Sachenrecht beherrschenden Publizitätsprinzips werten. Hierin liegt aber keine Schwierigkeit, denn in der Zulassung des constitutum possessorium finden wir bereits eine Durchbrechung dieses Prinzips, die in ihrer äußerlichen Wirkung gegen Dritte — insoweit hat ja das Publizitätsprinzip auch nur eine Bedeutung — dem hier gemeinten Erwerb eines bei der Einigung nicht genannten Dritten nahe kommt. Beiden Fällen ist sogar gemeinsam, daß ein ob-

[1]) Vgl. Jung, Arch. Ziv. Pr. 118 S. 118 ff.
[2]) Jung, ZHR 47 S. 195.

ligatorisches Band, hier das Kommisionsverhältnis, (vgl. unten S. 39 f.) dort die Miete oder Verwahrung, die wirkliche Sachherrschaft insofern ersetzt, als es den mittelbaren Besitz dem Berechtigten verschafft. Das Publizitätsprinzip steht demnach unserer Auffassung des § 929 nicht entgegen.

Gibt die Einigungserklärung keinen Aufschluß über die Person des Erwerbers, so muß, da unsere Rechtsordnung grundsätzlich freie Rechtsgestaltung nach den Willensäußerungen der Personen zuläßt, hierfür der übereinstimmende, erkennbare Wille der Beteiligten als grundlegendes Entscheidungsmerkmal angesehen werden.

Hinsichtlich des Tradenten kann an obige Darstellung angeknüpft und festgestellt werden, daß er mangels Interesse an der Person des Erwerbers sich mit dem Kommissionär in Gemäßheit des § 929 nur über „einen" Eigentumsübergang einigt. Hierin sehen wir mit Langen[1]) den Verzicht auf die Bestimmung des Erwerbers; diese bleibt vielmehr dem Empfänger der Sache überlassen, der sich oder seinen Geschäftsherrn zum Eigentümer machen kann. Wir kommen insofern hinsichtlich der hier in Frage stehenden Tradition zur Erfüllung einer Kaufvertragsverbindlichkeit der Rümelinschen Traditionsofferte: ich übergebe dir für dich oder einen andern, den es angeht, nahe, ohne jedoch diese Formulierung in der von Rümelin gewollten Allgemeinheit anzuerkennen; insbesondere folgen wir nicht Rümelin in der Aufstellung einer Vermutung, daß die Traditionsofferte stets in diesem Sinne gehalten sei. Wollte ausnahmsweise der Tradent einmal den Empfänger zum Eigentümer machen, so erwirbt dieser auch ohne ausdrückliche Erklärung des Tradenten Eigentum, sofern nicht bei Fremderwerbsabsicht desselben ein mutuus dissensus vorliegt. Dies folgt auch aus der Natur der Tradition als der freiwilligen, unbeschränkbaren Aufgabe des Eigentumsrechts[2]). Abgesehen von diesen möglichen, aber sicher sehr seltenen Ausnahmen wird der Tradent regelmäßig mit einem Erwerb der vom Empfänger bestimmten Person einverstanden sein. Diese erwirbt dann mit Willen des Tradenten[3]).

---

[1]) Langen S. 26.

[2]) In Verfolg dessen müssen wir die für das gemeine Recht herrschende (vgl. RG 30, 142) und unter diesem Einfluß noch heute vereinzelt auftretende (z. B. Jung, ZHR 47 S. 195) Meinung ablehnen, die den Fremderwerbswillen des Vertreter selbst dann ausschlaggebend sein lassen will, wenn der Tradent gerade den Vertreter zum Eigentümer machen wollte. Dies widerspricht den Rechten des Tradenten. Da es ganz im Belieben des Tradenten steht, ob und an wen er sein Recht aufgeben will, so muß verlangt werden, daß der Erwerber nur mit, aber nicht gegen seinen Willen Eigentum erlangen kann. Vgl. auch Langen, S. 28; RG 100, 190 ff.

[3]) so Langen S. 26.

Ist somit der Wille des Tradenten bei der Abgabe der Einigungserklärung hinsichtlich der Person des Erwerbers indifferent, so muß der Wille des Kommissionärs, dem ja die Bestimmung des Erwerbers überlassen ist, das ausschlaggebende Moment darstellen. Nur wenn der Wille des Kommissionärs dahin geht, das dingliche Recht für den Kommittenten zu erwerben, kann dieser im Einverständnis hiermit Eigentümer werden. Dies ist aber regelmäßig der Fall. Vergegenwärtigen wir uns die wirtschaftliche Natur des Kommissionsgeschäfts, so sehen wir die Absicht des Kommissionsars, dem Kommittenten die bestellte Ware zu „besorgen". Den Anlaß zu dem Einkauf gibt der Auftrag des Tradenten und die Verdienstmöglichkeit hinsichtlich der Provision. An dem für ihn fremden Gut hat der Kommissionär kein eigenes wirtschaftliches Interesse, insbesondere denkt er nicht daran, spekulationsmäßigen Gewinn hiermit zu erzielen. Der Einkauf ist gleichsam die Arbeit, die von dem Kommittenten zu bezahlen ist. Die Folge davon ist, daß der Kommissionär bei dem Erwerb des Gutes sich den Kommittenten als seinen Geschäftsherrn vergegenwärtigt, nach dessen Wünschen er einzukaufen hat und dem er Rechenschaft schuldet. Dies liegt auch in der Natur des Auftragsbewußtseins. Es fehlt dem Kommissionär insofern „der Grund, sich selbst als Subjekt zu setzen[1])". Dieselbe Feststellung finden wir bereits in den Motiven zum alten HGB, in denen es heißt[2]): „Im Verhältnis des Kommissionärs zum Kommittenten ist nach Sinn und Absicht der Parteien anzunehmen, daß der Beauftragte alles, was er auf Grund des Auftrags und behufs Ausführung desselben erwirbt, sofort dem Auftraggeber habe erwerben wollen". Es ist deswegen festzustellen, daß der Kommissionär, der Natur seines kommissionsmäßigen Handelns entsprechend, regelmäßig für den Kommittenten das Gut erwerben will[3])[4]). Allerdings wird „die abstrakte juristische

[1]) in allem ebenso Jung, ZHR 47 S. 201 f.

[2]) wiedergegeben bei v. Hahn, a. a. O., S. 446.

[3]) Langen (S. 735) kommt zu dem gegenteiligen Ergebnis: dies ist nicht verwunderlich, da er von seiner bereits oben kritisierten Voraussetzung: wenn der Vertreter im eigenen Namen handelt, will er sich selbst berechtigen, zu diesem Resultat kommen mußte. Die eben dargelegte Natur des kommissionsmäßigen Handelns scheint mir besonders zu beweisen, wie „gedacht" und dem praktischen Leben widersprechend, eine solche Voraussetzung ist.

[4]) Ausgeschlossen bleibt freilich nicht die Möglichkeit, daß der Kommissionär für sich erwerben will. Hier wird er gemäß seines Eigenerwerbswillens aus dem Einigungsvertrag selbst berechtigt. Dies wird aber im Hinblick auf die obigen Feststellungen nur äußerst selten der Fall sein. Die Beweislast regelt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Es hat also jeder, der das Eigentum für sich beansprucht, sämtliche Entstehungstatsachen zu beweisen. Wir vermögen daher auch nicht der in RG 100, 190 aufgestellten Vermutung, daß der Wille des Beauftragten dem Auftrag entspräche, beizupflichten. —

Konzeption eines distinkten Willens, für einen andern besitzen zu wollen, nicht in dieser Gestalt im natürlichen Tatbestand zu finden sein", wie Jung ausführt[1]), denn der Kommissionär kennt nicht die juristische Konstruktion und die Voraussetzungen des Eigentumserwerbs. Dieser „juristische Wille" ist aber auch garnicht notwendig, denn es kann von dem Laien nicht Kenntnis des juristischen Aufbaues der erstrebten Rechtsfolge verlangt werden. Es genügt das Bewußtsein des Kommissionärs, daß er die übergebene Sache als eine nunmehr dem Kommittenten gehörige in Empfang nimmt. Dieses Wollen des wirtschaftlichen Erfolges enthält gleichzeitig den auf eine Wirkung des Rechts gerichteten notwendigen Rechtsfolgewillen[2]). Es muß daher zu einem Eigentumserwerb des Kommittenten genügen.

Der Grundsatz der Unbeachtlichkeit rein psychisch gebliebener Vorgänge verlangt ein Hervortreten der Fremderwerbsabsicht. Wegen der Ausschaltung des § 164, II braucht nicht mehr verlangt zu werden, daß sie dem Tradenten gegenüber kund getan wird. Es genügt ein objektives Erkennbarsein. Diese Erkennbarkeit sehen wir in der Annahme des Auftrags und in dem Einkauf einer dem Auftrag entsprechenden Ware. Hiermit hat der Kommissionär in genügender Weise kundgetan, daß er für den Kommittenten erwerben will.

Hinsichtlich der Willensrichtung des Kommittenten ergeben sich keinerlei Schwierigkeiten. Der Erwerbswille des Kommittenten kommt in dem Auftrag zum Einkauf der Ware zum Ausdruck. Dieser Wille bleibt naturgemäß bestehen, da ein sofortiger Erwerb des Kommittenten, wie ausgeführt, seinem dringenden Interesse entspricht. Auch er ist demnach mit seinem Erwerb einverstanden.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis: Die zwischen Tradent und Kommissionär erfolgenden Einigungserklärungen berechtigen regelmäßig den Kommittenten.

§ 7.

Die Uebergabe.

Als weitere Voraussetzung zum Eigentumsübergang verlangt das Gesetz in § 929 die Uebergabe der Sache an den Erwerber. Diese ist, wie aus § 929 Satz 2 geschlossen werden muß, gleichbedeutend mit einer Besitzverschaffung. Erlangt der Kommittent den Besitz, wenn der Kommissionär das Gut in Empfang nimmt? Von dem Gesichtspunkt der Stellvertretung aus ist dies undenkbar, denn es gibt wegen der tatsächlichen Natur des Be-

[1]) Jung, ZHR 47, S. 202.
[2]) Vgl. Manigk, Irrt. u. Ausl. S. 265, S. 100 ff; v. Tuhr II, 1 § 50, VI. RG 64, 65.

sitzes keine Stellvertretung im Besitz. Selbst wenn man zum Besitz einen Besitzwillen für erforderlich hält, so sind trotzdem die §§ 164 ff. unanwendbar, da diesem Willen nur die Bedeutung eines tatsächlichen Herrschaftswillens und nicht eines rechtsgeschäftlichen Willens zukommen kann. Ausgeschlossen wäre auch ein Besitzerwerb des Vertretenen, wenn wir mit Leonhard[1]), in dem Begriff der Uebergabe nur die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes sehen wollten. Es wäre dann, selbst wenn ein direktes Stellvertretungsverhältnis vorläge, dem Vertretenen unmöglich, Eigentum zu erwerben. Diese Konsequenz versucht auch Leonhard dadurch zu vermeiden, daß er Besitz und Eigentum auf Grund des § 931 auf den Vertretenen übergehen läßt. Wenn der Verkäufer dem Vertretenen das Eigentum zu verschaffen beabsichtige, so wolle er zugleich, daß der Vertretene von seinem Vertreter die Sache fordern könne. Hierin läge die wegen § 164, I unmittelbar an den Vertretenen erfolgende Abtretung des dinglichen Anspruchs auf Herausgabe gemäß § 931, welche zugleich mit der Uebergabe der Sache an den Vertreter erfolge[2]). — Abgesehen davon, daß diese Konstruktion äußerst gezwungen erscheint und nicht dem Parteiwillen entspricht, würde sie auch theoretisch nicht zu rechtfertigen sein. Der Veräußerer kann seinen Anspruch auf Herausgabe nicht eher abtreten, als er für ihn entstanden ist. Der Anspruch ist aber erst dann entstanden, wenn die Sache dem Vertreter übergeben ist[3]). Wie soll da schon eine Abtretung erfolgt sein? Würde man aber Leonhard folgen, so wäre mit dem Umweg über § 931 auch nur bei direkter Stellvertretung ein Erwerb des Vertretenen möglich. Beim Kommissionsgeschäft dagegen wäre eine Abtretung des Herausgabeanspruchs an den Kommittenten wegen § 164 undenkbar und damit ein Erwerb des letzteren nicht möglich.

Viel klarer und einfacher erscheint der Weg, den Begriff der Uebergabe sowohl durch die Verschaffung des unmittelbaren als auch des mittelbaren Besitzes als erfüllt anzusehen. Leonhards Einwand[4]), die Verschaffung des mittelbaren Besitzes werde in den §§ 930, 931 (870) als Ersatz der Uebergabe angesehen und genüge daher nicht allgemein dem Begriff der Uebergabe, ist nicht zwingend. Denn es folgt keineswegs aus diesen Vorschriften, daß das Gesetz deshalb von einem Ersatz der Uebergabe redet, weil hier gerade der mittelbare Besitz übertragen wird. Letzteres trifft auch oft garnicht zu; beispielsweise der Eigentümer tritt den Herausgabeanspruch gegen einen Besitzer, der Eigentümer zu sein behauptet, nach § 931 ab. Hier wird keineswegs

[1]) Leonhard a. a. O. S. 85 ff.
[2]) Leonhard a. a. O. S. 85 ff.
[3]) ebenso Götz a. a. O., S. 41.
[4]) Leonhard a. a. O. S. 57/58.

der mittelbare Besitz übertragen. Es wird nur deshalb von einem Ersatz geredet, weil auf den sonst prinzipiell geforderten erkennbaren Akt der realen Uebergabe in diesen Ausnahmefällen verzichtet wird[1]). Schließlich ist auch der mittelbare Besitz dem unmittelbaren Besitz gleichgestellt, er ist wahrer Besitz. Dies ergibt sich, abgesehen von der ausdrücklichen Feststellung in § 868, schon daraus, daß der mittelbare Besitzer ebenso, wie der unmittelbare Besitzer, Besitzschutz gegen Dritte genießt (§ 869). Es ist also mit der heute auch überwiegenden Meinung[2]) daran festzuhalten, daß die Verschaffung des mittelbaren Besitzes genügt, um den Begriff der Uebergabe des § 929 zu erfüllen.

Um auf das Kommissionsgeschäft zurückzukommen, können wir feststellen, daß der Kommissionär Besitzmittler des Kommittenten im Sinne des § 868 ist. Denn das Kommissionsverhältnis ist ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868. Dies ergibt sich aus der Pfandgläubigerstellung des Kommissionärs und aus seinen Verwahrerpflichten[3]). Eine Besitzdienerschaft des Kommissionärs ist abzulehnen, da in dem auf Geschäftsbesorgung gerichteten Verhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten schon im Hinblick auf die Pfandgläubigerstellung des Kommissionärs kein Raum für die Annahme eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses i. S. des § 855 gegeben ist[4]). Erwirbt nun der Kommissionär mit der Empfangnahme der Sache dem Kommittenten mittelbaren Besitz? Hier ergibt sich insofern eine Schwierigkeit, als von manchen Schriftstellern verlangt wird, daß das Objekt sich schon vorher in einer gewissen Beziehung zu dem Vermögen des jetzt mittelbaren Besitzers befunden haben muß. Dies wird aus der Natur der in § 868 ausdrücklich angeführten Rechtsverhältnisse gefolgert. So verlangt Strohal[5]), daß die Sache dem Mittler vom Oberbesitzer „anvertraut" sein müsse. In ähnlicher Weise wie Strohal sieht Endemann als entscheidend an, daß der Oberbesitzer seinen Besitz durch das Mittlerverhältnis sich „erhalten" hat[6]). Leonhard kommt unter treffender Kritik Endemanns und teilweiser Anerkennung Strohals zu dem Ergebnis, daß der Mittler immer „auf Kosten des fremden Vermögens" erwerbe und der mittelbare Besitzer daher immer ein „Vermögensopfer" bringe[7]). Leonhards Argument gegen Endemann, daß die Bedeutung des mittelbaren Besitzes ganz unberechtigt vermindert würde, wenn der mittelbare Besitz nie originär aus einer

[1]) ebenso Langen, S. 92.
[2]) Staudinger, § 854, IV, 6; Planck § 868, 2 b β; Cosack II S. 123 u. a. m.
[3]) Jung, ZHR 47 S. 205; RGR Komm. § 930, 5; RG Warn. 09 S. 669, 14.
[4]) Jung, ZHR 47 S. 205.
[5]) Strohal a. a. O. S. 20 ff.
[6]) Endemann, Einführung II S. 126 f.
[7]) Leonhard, S. 60 ff.

Handlung des Mittlers entstehen könne, ist durchaus zutreffend und Endemanns Ansicht daher abzulehnen. Aber auch Leonhard ist noch zu sehr von der Vorstellung einer Beziehung zwischen Objekt und Vermögen des Oberbesitzers beeinflußt. Denn wie schon Isay[1]) darauf hingewiesen hat, ist es nicht zutreffend, daß der Mittler das Objekt immer auf Kosten des fremden Vermögens erhält. Beispielsweise der Bevollmächtigte zieht eine Nichtschuld ein — hier erwirbt der Geschäftsherr mittelbaren Besitz, obwohl er das Vermögensopfer des Verlustes der Forderung nicht erlitten hat. Auch führt Isay mit Recht die Fälle an, in denen der vom Bevollmächtigten geschlossene Vertrag aus irgend einem Rechtsmangel nichtig ist. Auch hier liegt kein Opfer des Geschäftshern vor, weil wegen der Nichtigkeit die Forderung nicht entstanden war, also auch nicht verloren werden konnte. Und doch erwirbt er mittelbaren Besitz, da das Auftragsverhältnis ein ähnliches Verhältnis i. S. des § 868 ist. Leonhard selbst scheint auch mit seiner Feststellung eher den Begriff des mittelbaren Besitzes umreißen zu wollen, als in ihr ein rechtliches Erfordernis zu sehen. Wir können daher auch für den Erwerb des mittelbaren Besitzes nur von den beiden im Gesetz genannten Voraussetzungen:

1. unmittelbarer Besitz des Mittlers und
2. ein vermittelndes Rechtsverhältnis[2])

ausgehen. Eine Verbindung zwischen beiden muß aber insofern bestehen, als der Mittler gerade auf Grund des Rechtsverhältnisses zu dem Oberbesitzer den unmittelbaren Besitz erwirbt; man kann auch sagen, daß der Mittler sein Recht zum Besitz vom Oberbesitzer „ableiten" muß[3]). Dies ergibt sich einmal schon aus der Wortfassung des Gesetzes: „Als" Nießbraucher usw., dann aber aus der Folgerung, daß jedenfalls dann kein mittelbarer Besitz entsteht, wenn der Beauftragte zu seinem eigenen Erwerb die Sache in den Alleinbesitz nimmt. Insofern muß man sagen, daß der Mittler den Willen haben muß, als eine der im § 868 bezeichneten Personen zu besitzen. Dieses Willensmoment muß als dritte Voraussetzung für die Entstehung des mittelbaren Besitzes hinzukommen[4]), nicht aber darf verlangt werden, daß der Besitzerwerbende erkennbar als Mittler die Sache in Empfang nimmt[5]). Denn dies hieße ja das Offenheitsprinzip der Stellvertretungslehre auf den Besitz anwenden, was im Hinblick auf den

---

[1]) Isay a. a. O. S. 275.

[2]) Es würde für vorliegende Arbeit zu weit führen, auch auf die Streitfrage einzugehen, ob das Rechtverhältnis rechtsgültig sein muß oder nicht.

[3]) so Enneccerus-Wolff, § 8, I, 1 b; Planck § 868, 2 b; Biermann § 868, 2 c; RG 49 S. 73.

[4]) ebenso Jeroschewitz S. 125 f.

[5]) so Biermann, § 868, 6 b.

Besitzerwerb als tatsächliche Herrschaftserlangung, wie schon bemerkt, verfehlt wäre.

Nach diesen Feststellungen erwirbt der Kommissionär mit der Empfangnahme des Gutes in Ausführung der Kommission den mittelbaren Besitz dem Kommittenten, da die notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind. Hiermit ist auch das Erfordernis der Uebergabe erfüllt.

Wir kommen abschließend zu dem Ergebnis: Der Kommittent erlangt regelmäßig nach § 929 Eigentum und ist somit, seinen Interessen entsprechend, dinglich gesichert[1]).

§ 8.

II. Die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs des Kommittenten nach § 930 BGB (die Rechtsprechung des Reichsgerichts).

Wie bereits in der Einleitung angedeutet wurde, sah sich das Reichsgericht gezwungen, den Interessen des Stillvertretenen Rechnung zu tragen. Da es die vornehmste Aufgabe der Rechtsprechung ist, unter Berücksichtigung der Interessenlage das wirkliche Recht mit dem Regelrecht in Einklang zu bringen, so sehen wir in den hinsichtlich unseres Problems unternommenen Konstruktionsversuchen des Reichsgerichts einen weiteren Beweis für die dringend Beachtung erheischende Schutzbedürftigkeit des Stillvertretenen. Um es gleich vorauszuschicken, glaubte das Reichsgericht entgegen unserer Lösung über § 930 zum Ziele zu gelangen. Da sich insofern von uns noch nicht begangene Wege eröffnen, so können wir uns mit dem oben gefundenen Resultat nicht bescheiden, sondern müssen auch die hier angezeigten Möglichkeiten auf ihre rechtliche Bedeutung hin untersuchen. Es sollen die seit dem Inkrafttren des Bürgerlichen Gesetzbuches ergangenen einschlägigen Entscheidungen herangezogen und die Entwicklung des reichsgerichtlichen Standpunktes beleuchtet werden.

Es sei zunächst auf E 58, 273 hingewiesen, die für die Behandlung der ganzen mittelbaren Stellvertretung durch das RG bezeichnend ist und auch hinsichtlich des Traditionsproblems

[1]) Es sei an dieser Stelle noch darauf hingewiesen, daß der zwischen dem Tradenten und dem Kommissionär zustandegekommene Kaufvertrag den Eigentumserwerb eines Dritten, des Kommittenten, begrifflich nicht hindert. Denn im Hinblick auf die abstrakte Natur des dinglichen Vertrages braucht eine Personenidentität zwischen Kausalgläubiger und Erwerber nicht vorzuliegen. Kaufvertrag und dinglicher Vertrag sind vielmehr selbständige Verträge. Wir finden hierin wieder das Wesen des Handelns im eigenen Namen für fremde Rechnung. (Zu Vorstehendem ebenso Moeller a. a. O. S. 58 f.)

äußerst einflußreich war. Das Urteil geht von der Erörterung des zu § 592 des Entwurfs, dem heutigen § 667, gemachten Vorschlägen aus, die dahin gingen [1]) Sachen, Forderungen und andere Rechte, die der Beauftragte im eigenen Namen erworben hat, im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem oder dessen Gläubigern als dem ersteren erworben gelten zu lassen. Das Urteil führt aus, die Vorschläge seien abgelehnt aus der Erwägung heraus, daß derjenige, welcher fremde Hilfe zur Besorgung seiner Geschäfte benötige, die Vollmacht zu seiner Sicherung benutzen könnte; wähle er den Weg der mittelbaren Stellvertretung, so könnte der Kredit erheblich gefährdet werden, „wenn keine Sicherheit für die Gläubiger mehr dafür bestände, daß das Vermögen, welches sich äußerlich als einer Person gehörig darstelle, auch rechtlich entsprechend behandelt würde". Danach müsse grundsätzlich angenommen werden, daß der sog. mittelbare Vertreter lediglich selbst berechtigt und verpflichtet würde, der Geschäftsherr aber in keinerlei rechtliche Beziehung zu dem Drittkontrahenten trete. Zwar sagt das Urteil weiter, daß die Frage, ob dieser Grundsatz für das Sachenrecht Einschränkungen erleide, aus Gründen des Tatbestandes unerörtert bleiben könne. Die Aufstellung dieses Grundsatzes aber legt das RG auch für das Sachenrecht schon in ganz bestimmter Weise fest. Hätte das RG eine rechtliche Beziehung zwischen Drittkontrahent und Vertretenem anerkannt, so wäre damit auch einem unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen die Wege geebnet [2]). Denn gegen einen dinglichen Rechtserwerb des Stillvertretenen sprechen ja, wie oben (S. 31 ff) bemerkt wurde, weit weniger Gründe als gegen einen Erwerb obligatorischer Rechte. Da es diese Beziehung aber verneinte, so muß das RG in Konsequenz zu diesem Urteil notwendig dahingelangen, den Eigentumserwerb des Stellvertretenen nur über den Umweg eines Durchgangserwerbs des Vertreters zu konstruieren. Und dementsprechend laufen auch wirklich die Versuche des RG, wie erörtert werden wird, darauf hinaus, dem Stillvertretenen als Rechtsnachfolger des Vertreters das Eigentum zu verschaffen. Im Interesse einer möglichst frühen Fixierung des Erwerbs des Vertretenen muß der Durchgangserwerb des Vertreters naturgemäß möglichst abgekürzt werden. Wie dies zu erreichen ist, das stellt letzten Endes die eigentliche Problemstellung des RG dar. Man kann daher sagen, daß E 58, 273 zu dieser Folge im weitesten Maße ausschlaggebend war.

---

[1]) Prot. Bd. II S. 360 ff.
[2]) so auch Richter a. a. O. S. 61.

§ 9.

Das Insichgeschäft.

Schon vor der eben angezogenen Entscheidung hatte sich das RG mit unserem Problem zu befassen. Diese Entscheidung in Bd. 52 S. 130 ist für uns von besonderem Interesse, da sie den Eigentumserwerb des Kommittenten behandelt. Der Tatbestand ist kurz folgender: Ein Bankier hatte als teilweisen Ersatz zunächst für den Kommittenten erworbener, dann aber im Geschäftsbetrieb verwendeter Aktien eine neue Aktie beschafft und sie in die mit dem Namen des Kommittenten versehene Mappe gelegt. Nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Bankiers klagt der Kommittent auf Anerkennung seines Eigentums an der Aktie und auf Herausgabe derselben. — Das Urteil setzt den Eigentumserwerb des Bankiers an der für den Kommittenten beschafften Aktie als selbstverändlich voraus. Es behandelt nur die Frage, ob der Kommittent das Eigentum vom Kommissionär erworben hat. Hierfür zieht das RG zum ersten Mal die Vorschrift des § 181 heran. Die Voraussetzungen des § sieht es in dem Kommissionsgeschäft und der hierin enthaltenen Verbindlichkeit des Kommissionärs als erfüllt an. Die Eigentumsübertragung vom Kommissionär auf den Kommittenten erfolgte demnach durch Insichgeschäft, da sowohl die Einigung als auch die Besitzübertragung vermittels constitutum possessorium in dem aus der Einlegung der Aktie in die Mappe sich ergebenden Vertrage des Kommissionärs mit sich selbst läge.

Ebenfalls die Urteile in Bd. 63, S. 16 u. S. 415 behandeln die Frage des Eigentumserwerbs des Stillvertretenen vom Gesichtspunkt des Insichgeschäfts aus. Sie stehen ganz auf dem Standpunkt von E 52, 130. Auch im Urteil vom 3. 2. 1903 [1]) finden wir den Weg über § 181, obwohl hier das RG auch schon das antizipierte Konstitut andeutet [2]).

Grundsätzlich wird beim Insichgeschäft Kennbarmachung nach außen verlangt. Freilich braucht nicht gerade dem Vertretenen der Uebertragungswille erkennbar gemacht zu werden, es genügt vielmehr objektive Erkennbarkeit. In den Entscheidungen Bd. 52, S. 130 und Bd. 63, S. 16 geht das RG stillschweigend über diese Frage hinweg, da der Kenntlichkeitsakt hier in der ge-

[1]) in Gruch. Beitr. Bd. 47, S. 987.

[2]) War in E 51, 246 die Zulässigkeit eines Insichgeschäfts bei Vollmachtsüberschreitung noch verneint worden, so geht E 56, 104 einen Schritt weiter. Das RG führt hier aus, daß ein Rechtsgeschäft, das ein Vertreter entgegen dem Erfordernis des § 181 mit sich selbst abschließt, rechtlich ebenso, wie jede andere Vollmachtsüberschreitung, zu behandeln sei. Das Geschäft sei demgemäß schwebend unwirksam und könne durch Genehmigung des Vertretenen nach § 177 Wirksamkeit erlangen. Dem hat sich heute auch die h. M. angeschlossen (Vgl. Enneccerus § 168, 1; Staub Anhang zu § 58 Anm. 36 u. die dort aufgeführte Literatur).

sonderten Aufbewahrung zweifellos vorliegt. Im Urteil vom 21. 5. 1909[1]) dagegen kommt die Frage zur Erörterung. Der Vorderrichter hatte den erhobenen Anspruch mangels Erkennbarkeit des Uebertragungswillens nicht für berechtigt gehalten. Dem schließt sich auch das RG in vollem Umfange an, wenn es auch wegen der besonderen Umstände des Tatbestandes zu einem anderen Ergebnis als der Vorderrichter kommt. E 73, 418 betont ebenfalls die Notwendigkeit einer Kenntlichmachung: „ . . . noch weniger ist eine solche erkennbare Handlung dann zu entbehren, wenn das Besitzkonstitut selbst durch einen Vertrag, den der Bevollmächtigte oder Beauftragte mit sich in fremden Namen schließt, zustande kommen soll".

Das RG arbeitet mithin bis dahin noch mit einer deutlichen Trennung zwischen dem Erwerb des Vertreters und dem des Vertretenen. Die Tradition an den Vertreter, der zunächst immer Eigentümer wird, scheidet für die Erörterung als selbstverständlich aus, während allein die weitere Tradition vom Vertreter auf den Vertretenen problematisch ist. Um dem Vertretenen auch ohne sein Zutun zum Eigentum zu verhelfen, erfolgt letztere durch einen nach außen erkennbar zu machenden Willensakt des Vertreters. Insofern bietet das Insichgeschäft aber keine Lösung für vorliegendes Problem. Denn wenn es dem Vertreter überlassen bleibt, durch einseitigen Willensakt die Uebertragung auf den Vertretenen vorzunehmen, so ist die Lage des letzeren ebenso ungünstig, als wenn die Uebertragung durch Einigung und Uebergabe nach § 929 erfolgen würde. Denn beim Insichgeschäft erwirbt nicht der Vertretene sogleich mit der Empfangnahme der Sache durch den Vertreter, sondern erst vermittels eines besonderen Willensaktes desselben, der beliebig hinausgezögert werden kann; letzterer bedarf zu seiner Wirksamkeit außerdem noch der Erkennbarkeit. Mit einem solchen Umweg ist dem Vertretenen nicht geholfen. Seine Interessen fordern gebieterisch einen sofortigen Erwerb.

§ 10.

Das antizipierte Konstitut.

Ein neuer Gesichtspunkt wurde vom Reichsgericht in E 56, 54 erörtert, der für die spätere Entwicklung von ausschlaggebender Bedeutung war. Hier wird für das neue Recht zum ersten Mal die Möglichkeit eines antizipierten Besitzkonstituts bejaht. Das RG führt aus, daß der Eigentumsübergang an den Kläger erfolgt wäre, „falls der Kläger und M. ausdrücklich oder stillschweigend

[1]) in Gruch. Beitr. Bd. 53, S. 1049.

vereinbart hätten, daß von dem Augenblick des demnächst zu erwartenden Besitzerwerbes seitens des M. an, dieser den Besitz Mieter des Klägers ausüben sollte". Da im vorliegenden Tatbestand aber kein Anhalt für eine solche Vereinbarung gegeben ist, so kommt das Urteil zu einer Abweisung der Klage, ohne auf den Eigentumserwerb des Stillvertretenen im einzelnen, insbesondere auf die Frage, worin die Einigung läge, näher einzugehen.

Die Frage des direkten Besitzerwerbes nach § 930 des Vertretenen war durch die Zulassung des antizipierten Konstituts somit zwar bejaht, aber die Frage der Konstruktion des Eigentumserwerbs blieb immer noch unbeantwortet.

Auch in der nächsten einchlägigen Entscheidung in Bd. 99 S. 208 finden wir nicht viel mehr als einige Hinweise auf die Möglichkeit eines unmittelbaren Eigentumserwerbs des Vertretenen. Das Reichsgericht ist sich mit dem Berufungsgericht einig, daß im vorliegenden Tatbestand jedenfalls die Voraussetzungen eines Insichgeschäfts erfüllt sind. Eine klare Scheidung vom Insichgeschäft und eingehende Erörterung eines sofortigen Erwerbs des Vertretenen erübrigte sich also hier für das Reichsgericht. Es deutet daher auch bloß an: „ . . . daß gleichwohl und trotz der an sich auch für das dingliche Erwerbsgeschäft maßgebenden Regel des § 164, II das Eigentum sofort auf den Vertretenen übergehen konnte, wenn es dem Veräußerer gleichgültig war, auf wen er das Eigentum übertrug".

Das RG will mithin grundsätzlich auch für das dingliche Geschäft den § 164, II anwenden. Es verschließt sich daher die Möglichkeit, unter Ausschaltung des § 164, II direkt über § 929 zum Ziele zu gelangen. Gleichzeitig wird aber über die aus einer Anwendung des § 164, II entstehenden Schwierigkeiten hinweggegangen und ein unmittelbarer Erwerb vermittels nur einer Tradition bejaht für den Fall, daß die Person des Erwerbers dem Tradenten gleichgültig war [1] [2]). Hierin liegt ein innerer Widerspruch, dessen Lösung der unser Problem eingehend erörternden E 100, 190 überlassen bleiben sollte. Es muß auf dieses Urteil näher eingegangen werden, da die weitere über diese Frage ergehende Rechtsprechung im wesentlichen auf das hier Gesagte zurückgreift.

Kläger hat für seine Braut (der späteren Ehefrau) Möbel gekauft, war aber beim Erwerb der Möbel dem Verkäufer gegenüber nicht als Stellvertreter aufgetreten. Das Berufungsgericht hatte

[1]) Diese Formulierung steht scheinbar unter dem Einfluß der oben genannten (S. 26 ff) Autoren.

[2]) Daß das RG hier nur an eine Tradition dachte, ergibt sich auch aus dem Satz: „Dabei verblieb es auch dann, wenn das Eigentum von vornherein auf die Klägerin übertragen wurde".

daraus gefolgert, daß wie das obligatorische so auch das dingliche Geschäft zwischen Verkäufer und Kläger zustandegekommen wäre und der Kläger demgemäß daß Eigentum an den Möbeln erlangt hätte. — Diese Ansicht wird vom Revisionsgericht dahin gerügt, daß sich in ihr eine Verkennung der Rechtsgrundsätze über den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch einen verdeckten Stellvertreter äußere. „Daß der Verkäufer den Kläger als seinen Vertragsgegner ansah und als persönlichen Schuldner behandelte, . . . folgte aus dem persönlichen Schuldverhältnis, das mangels Offenkundigkeit der Stellvertretung zwischen dem Verkäufer und dem Kläger zustande kam (§ 164, II), ist aber für die Frage, ob der Kläger oder seine Braut das Eigentum erworben hat, ohne Belang. Die Entscheidung dieser Frage kann bei verdeckter Stellvertretung regelmäßig auch nicht auf den Uebereignungswillen des Veräußerers abgestellt werden, da es diesem in den weitaus meisten Fällen . . . gleichgültig ist, für wen der Käufer dieses erwirbt. Der Wille des Veräußerers kommt nur dann in Betracht, wenn für ihn ein besonderes Interesse bestand, daß gerade sein Vertragsgegner und niemand anderes Eigentum erwerben sollte. Abgesehen von diesem Ausnahmefall . . . entscheidet für die Frage des Eigentumserwerbs das Innenverhältnis zwischen dem Stellvertreter und dem Vertretenen, und der Wille dieser beiden (!). Ist zwischen ihnen ein Verhältnis der in § 868 bezeichneten Art vereinbart . . ., hat ferner der Stellvertreter zur Zeit der dinglichen Einigung und der Besitzübertragung durch den Veräußerer den mit dem Willen des Auftraggebers übereinstimmenden Willen, das Eigentum für seinen Auftraggeber zu erwerben, so wird dieser vermittels Besitzkonstituts Eigentümer, der Stellvertreter wird unmittelbarer Fremdbesitzer, der Auftraggeber mittelbarer Eigenbesitzer."

Wir finden zunächst Aehnlichkeiten hinsichtlich der Betonung der Willensübereinstimmung zwischen Vertreter und Vertretenem und der Gleichgültigkeit des Tradenten mit unserer oben vorgetragenen Ansicht. Diese sind aber nur als unter dem Einfluß oben (S. 26 ff.) genannter Autoren entstandene, anscheinend unbewußte Hinweise auf einen erstrebenswerten unmittelbaren Erwerb anzusehen, denn wir müssen feststellen, daß die in E 99, 208 enhaltene Andeutung eines sofortigen Eigentumserwerbs vermittels nur einer Tradition in E 100, 190 nicht fortgebildet und konstruktiv gerechtfertigt wird. Das RG kehrt vielmehr zu dem Zweitraditionensystem zurück; dies müssen wir für äußerst bedeutsam halten. Schon aus dem Wortlaut des Urteils ergibt sich, daß das RG zwei Rechtsakte meint. Wenn es sagt: „Zur Zeit der Einigung und Besitzübertragung durch den Veräußerer" — so kann hiermit nur das Uebertragungsgeschäft zwischen Tradent und Vertreter gemeint sein, und fortfährt: „wird bei Willensübereinstimmung zwischen

Vertreter und Vertretenem dieser vermittels Besitzkonstitut Eigentümer" — so liegt dann hierin der weitere Uebertragungsakt vom Vertreter auf den Vertretenen. Mit dieser dem Wortlaut der Entscheidung einzig gerecht werdenden Auslegung stimmen auch die Autoren überein, die das RG zur Stützung seiner Ansicht ausdrücklich heranzieht. Insbesondere sagt Enneccerus[1]), daß der Vertretene, nicht durch die Tradition an den Vertreter, sondern erst durch eine weitere, mit dieser gleichzeitig vollendeten Uebertragung des Vertreters an ihn das Eigentum erwürbe. Auch das RG selbst legt das Urteil in diesem Sinne aus, wie aus dem Urteil vom 10. 12. 27[2]), das auf E 100, 119 ausdrücklich Bezug nimmt hervorgeht: „Die Lieferanten haben nur mit dem Mittler zu tun gehabt und Eigentum durch Uebergabe auf diesen übertragen. Von diesem (nicht vom Lieferanten) ist dann das Eigentum auf den Vertretenen übergangen . . . vermittels § 930 . . .". Wir können dieses Ergebnis auch als die natürliche Folge der in E 99, 208 geforderten Anwendung des § 164 Abs. II auf die Tradition werten, denn da nach § 164, II der Vertreter nicht geltend machen kann, daß er nicht für sich das Eigentum erwerben wollte[3]), so muß zunächst er — wenn auch nur kurze Zeit — Eigentümer werden[4]). Das RG konnte mithin seine in E 99, 208 aufgestellte Behauptung daß ein unmittelbarer Erwerb trotz § 164, II möglich sei, selbst nicht halten. Die beiden Traditionen gehen allerdings soweit ineinander über, daß sie im praktischen Ergebnis als eine Einheit erscheinen, theoretisch und konstruktiv bleiben sie aber selbständige Akte.

Gehen wir nun der reichsgerichtlichen Konstruktion im einzelnen nach, so fragt es sich zunächst, worin sieht das Reichsgericht die doch auch für die zweite Tradition vom Vertreter auf den Vertretenen erforderliche Einigung. Es führt zwar aus, daß eine Willensübereinstimmung zwischen Vertreter und Auftraggeber

---

[1]) Enneccerus § 167, 5; vgl. auch die im Urteil Angeführten: Planck, § 164, 5 c; RGRK. § 930, 2.

[2]) in JW 28, S. 561.

[3]) vgl. Jung in Stammler S. 658.

[4]) Richter (S. 98 ff) will das Urteil in dieser Frage eventual auslegen und behandelt auch die Möglichkeit, daß das RG den Erwerb des Vertretenen als einheitliches Ganzes über eine traditio ad incertam personam aufgefaßt habe. Dafür spräche, daß das RG in allen einschlägigen Entscheidungen Gleichgültigkeit des Tradenten für erforderlich halte. Für eine solche Auffassung ist aber keinerlei Anhalt im Urteil gegeben. Es genügt, abgesehen von den oben angeführten Gründen, gegen Richter der Hinweis, daß das RG mit dem Konstitut arbeitet. Denn der § 930 setzt jedenfalls auch bei Antizipierung des Konstituts voraus, daß der Besitzmittler selbst Eigentümer geworden ist, und erst in dieser Eigenschaft das Eigentum vermittels des Konstituts weiter übertragen will. Wir können insofern auch sagen, daß mit der Anwendung des § 930 ein Durchgangserwerb des Vertreters prinzipiell bejaht wird.

hinsichtlich eines Eigentumserwerbs im einzelnen notwendig sei. Da aber die in § 929 geforderte Einigung nicht bloß Willensübereinstimmung, sondern ein durch Willenserklärungen zustandegekommenes Rechtsgeschäft ist, so muß eine genügend klare Darlegung des Reichsgerichts, wann und worin die Einigung zwischen Vertreter und Auftraggeber erfolgte, vermißt werden. Es ist anzunehmen, daß das RG die Einigung in den bei Abschluß des Vertrages ausgetauschten Erklärungen, daß der Vertreter Besitz und Eigentum an der demnächst von ihm zu beschaffenden Sache direkt für den Auftraggeber erwerben solle, als erfolgt ansieht. Wie sollte auch eine solche Willensübereinstimmung erzielt sein, wenn nicht durch die bei dem Abschluß des Auftrags ausgetauschten Erklärungen? Man müßte dann andernfalls schon von einem Zufall reden. Und diese Ansicht teilt auch der Reichsgerichtsrätekommentar: „Es steht nichts im Wege, daß jemand, schon bevor er Eigentümer und Besitzer geworden ist, sich mit einem anderen einigt, ihm das Eigentum sofort mit der Erlangung zu übertragen! Auch sagt E 109, 170, die auf die hier behandelte E 100, 190 Bezug nimmt, ausdrücklich, daß die Einigung vorher gelegt werden kann[1]). Und schließlich spricht hierfür die Entwicklung des reichsgerichtlichen Standpunkts, denn im Urteil vom 3. 2. 03[2]) setzt das RG bereits voraus, daß die Einigung im voraus erklärt wurde. Wir stellen mithin fest, daß das RG die Einigung dem Uebergabeakt antizipieren will[3]).

Die Uebergabe erfolgt entsprechend der in E 56, 54 geäußerten Ansicht gemäß § 930 vermittels des antizipierten Besitzkonstituts. Dieses setzt sich zusammen aus der ebenfalls früher bei der Auftragserteilung erfolgten Vereinbarung eines Verhältnisses der in § 868 bezeichneten Art, dem zufolge der Vertreter in dem Augenblick seiner Besitzerlangung den Besitz als Mittler für den Auftraggeber ausüben solle, und der unmittelbaren Besitzerlangung durch den Vertreter.

---

[1]) Vgl. auch den vom RG selbst zitierten Gewährsmann Enneccerus, § 167, 5.

[2]) in Gruch. Beitr. 47, S. 988.

[3]) Richter (S. 97) will aus E 100, 190 mangels Erwähnung der rechtlichen Konstruktion der Einigung entnehmen, „daß das RG die Einigung, wie so oft in gewöhnlichen Fällen, so auch hier aus den Umständen, dem Geben und Nehmen der Sache entnehmen wollte". Hieraus ergebe sich logischerweise, daß die Einigung, wo sie nicht ausdrücklich erklärt sei, unlöslich mit der Uebergabe des Besitzes verbunden sein solle, und der Eigentumsübertragungswille alsdann in derselben Richtung laufen müsse, in der der Besitzübertragungswille geht. Diese Ansicht ist m. E. gänzlich unhaltbar, denn worin soll die Einigung liegen, da doch zwischen Vertreter und Auftraggeber keine reale Uebergabe der Sache erfolgt? Dieser Auffassung wäre nur Raum gegeben, wenn Richter die Konstruktion des Reichsgerichts als eine Tradition auffassen würde. Dies tut er aber nicht, er entscheidet vielmehr eventual, wie schon gesagt wurde.

Eine Kennbarmachung nach außen wird in E 100, 190 im Gegensatz zu der zum Insichgeschäft ergangenen Rechtssprechung nicht mehr verlangt. Das Urteil geht hierauf auch garnicht mehr ein, denn ausschlaggebend war hierzu bereits das Urteil vom 5. 12. 16[1]), in dem es heißt: „Der erkennende Senat hat schon wiederholt ausgesprochen, so in dem Urteil vom 6. und 16. 2. 1912 und dem Urteil vom 21. 5. 1912, es könne bei dem gesetzlich als Ersatzmittel für eine körperliche Uebergabe zugelassenen Besitzkonstitut nicht gefordert werden, daß die Eigentumsübertragung auch für Dritte erkennbar sei". Wie bereits bemerkt wurde, ist § 930 als teilweise Durchbrechung des Publizitätsprinzips anzusehen. Dem trägt das hier angeführte Urteil Rechnung und kommt so zu einem praktisch begrüßenswerten Fortschritt. Das RG hat auch in der Folgezeit mit Ausnahme der E 116, S. 202 diesen Standpunkt vertreten. Die letzte über diesen Punkt handelnde Entscheidung finden wir in RGStr 62, S. 31.

Die in E 100, 190 entwickelte Stellungnahme des RG stellt im wesentlichen den Stand der heutigen Rechtssprechung zu unserem Problem dar. E 109, 170 nimmt Bezug hierauf, desgleichen die Urteile vom 10. 3. 22[2]), vom 21. 10. 26[3]) und vom 13. 2. 28[4]).

Das Urteil vom 20. 3. 22[2]) betont noch die Notwendigkeit der Gleichgültigkeit des Tradenten hinsichtlich der Person des Erwerbers, während E 109, 169 den Uebertragungswillen des Tradenten im allgemeinen überhaupt außer Betracht lassen will. Weiter heißt es im Urteil vom 10. 12. 27[5]) ausdrücklich: „Darauf allerdings kommt es dabei nicht an, ob es für den Lieferanten ohn Belang gewesen ist, ob der Mittler oder Vertretene Eigentum erworben haben, denn der Lieferant hatte nur mit dem Mittler zu tun gehabt und das Eigentum auf diesen übertragen". Hier liegt die naturnotwendige Konsequenz zu dem in Bd. 100, 180 durchgeführten Zweitraditionensystem, denn bei einem Durchgangserwerb des Vertreters steht im Hinblick auf dessen weitere Verfügungsbefugnis die Schutzbedürftigkeit des Tradenten, falls sie überhaupt besteht, garnicht mehr in Frage.

Es ist abschließend festzustellen, daß das RG den in E 99, 208 angedeuteten unmittelbaren Erwerb des Vertretenen zu Gunsten zweier Traditionsakte fallen gelassen hat. Das RG wurde hierzu durch die Anwendung des § 164, II gezwungen, glaubte aber trotzdem eine befriedigende Lösung in der Gleichzeitigkeit beider Traditionsakte und in den damit praktisch sogleich eintretenden Eigentumserwerb des Vertretenen gefunden zu haben.

[1]) in JW 17, S. 217.
[2]) in JW 23, S. 403.
[3]) in Jur. Rundschau 26 Nr. 2304.
[4]) in RGStr. 62, S. 31.
[5]) JW 1928, S. 561.

Betrachten wir die reichsgerichtliche Konstruktion auf ihre theoretische Haltbarkeit, so erscheint die Vorwegnahme der auch für die zweite Tradition erforderlichen Einigung unbedenklich. Es muß genügen, daß die Einigung einmal erklärt wurde und infolge hiervon auch noch im Augenblick der Uebergabe bezw. des Uebergabeersatzes Willensübereinstimmung zwischen den Parteien herrscht. Dafür spricht auch der Wortlaut des § 929, denn „einig sein" bedeutet auf Grund bestimmter Erklärungen erzielte Willensübereinstimmung. Das Gesetz bezeichnet eben nicht die Handlung, sondern den erzielten Zustand[1]). Dem Erfordernis des Einigseins ist mithin durch den Auftrag zum Erwerbe und dem Einverständnis des Beauftragten hiermit genüge getan, sofern bei der Uebergabe noch Willensübereinstimmung herrscht[2]).

Es liegt nahe, eine ähnliche Erwägung wie eben zu der Einigung auch bem antizipierten Konstitut durchgreifen zu lassen, indem man sagt: darauf, daß die Vereinbarung vorher erfolgte, kommt es nicht an; allein maßgeblich ist, daß das zur Mittlerschaft erforderliche Rechtsverhältnis zur Zeit der Besitzerlangung durch den Veräußerer existent ist, mit anderen Worten, nicht die Vereinbarung, sondern das Vereinbarte ersetzt die Uebergabe. In diesem Sinne dürfte wohl auch das antizipierte Konstitut vom RG gemeint sein. Dem widerspricht aber vor allem die Verschiedenheit der beiden Rechtsakte: Einigung und Abschluß eines Besitzkonstituts. Es kann das, was bei jener allein maßgeblich war, das Einigsein, bei diesem nicht genügen, da hier die Schaffung eines Besitzmittlerverhältnisses die Hauptsache bleibt. Nicht der Abschluß eines Vertrages, sondern die Verschaffung des mittelbaren Besitzes ist das Wesen des Besitzkonstituts. Auch bezeichnet das Gesetz nicht einen Zustand, sondern eine Handlung, wenn es sagt: . . . „vereinbart wird". Es zwingt uns also, die bei der Einigung erfolgte Anerkennung der reichsgerichtlichen Konstruktion nicht auch wegen Gleichheit des Gegenstandes zu einer Anerkennung des antizipierten Konstituts.

Dieses unterliegt vielmehr schweren Bedenken. Schon in der gemeinrechtlichen Wissenschaft wurde das antizipierte Konstitut mit Gründen abgelehnt, die auch heute noch durchschlagen[3]).

[1]) Eccius in Gruch. Bd. 47, S. 52.

[2]) Soweit stimmt M. Wolff (in Enneccerus-Wolff § 66, I) auch hiermit überein, wenn er sagt, die „bei der Uebergabe erforderte Einigkeit wird oft daraus erkannt werden, daß die Parteien sich v o r h e r geeinigt haben und eine Willensänderung nicht ersichtlich ist". Umsomehr muß es verwundern, wenn er dann wieder Gleichzeitigkeit von Uebergabe und Einigung verlangt. Wolff geht scheinbar hier davon aus, daß die vorher erzielte Einigkeit bei der Uebergabe in der Regel nicht mehr vorhanden sein wird — sicher in den meisten Fällen, vor allem aber auch beim Kommissionsgeschäft, eine falsche Voraussetzung.

[3]) Lenel a. a. O., S. 69; Kohler a. a. O., S. 102; Leonhard a. a. O., S. 46 f; vgl. auch für das bürgerl. Recht Kretzschmar, a.a. O., S. 207, Anm. 6.

Man muß betonen, daß das Konstitut die Uebergabe ersetzen soll. Wie etwas aber nicht übergeben werden kann, was nicht vorhanden ist, so kann auch das Konstitut nicht die Uebergabe ersetzen, wenn der Veräußerer die Sache noch garnicht hat. Es ist nur den Autoren beizupflichten [1]), die in der antizipierten Vereinbarung eines Mittlerverhältnisses zwischen dem noch nicht besitzenden Mittler und dem zukünftigen Erwerber nur eine obligatorische Bindung, aber noch keine dingliche Erfüllung sehen. Dies kennzeichnet am besten der Fall, in dem der Mittler bei Empfangnahme der Sache entgegen der mit dem Vertretenen getroffenen Vereinbarung den Willen hat, die Sache durch Begründung des Alleinbesitzes für sich zu erwerben. Hier wird nur er aus der Tradition berechtigt, denn es kann ihm durch die Vereinbarung nicht die Möglichkeit genommen sein, das Gut für sich selbst zu erwerben. Er haftet lediglich obligatorisch auf Schadensersatz. Das antizipierte Konstitut wäre mithin in seiner Wirksamkeit immer von dem Willen des Vertreters abhängig. Insofern kann aber keine dingliche Erfüllung vorliegen. Dies widerspräche auch dem Wesen des Konstituts, das gerade aus der gemeinsamen Vereinbarung unmittelbar die dingliche Rechtsfolge herleitet. Durch das Auseinanderfallen von Vereinbarung und Besitzerlangung wird der Vertreterwille zu einer ausschlaggebenden einseitigen Bedeutung erhoben, die ihm bei dem Geschäfte des Konstituts nicht zukommt. Es steht insofern mit der dinglichen Natur des Besitzes im Widerspruch, den mittelbaren Besitz an einer erst künftig zu erwerbenden Sache zu übertragen. Mit gutem Grund hat das Gesetz daher auch ausdrücklich vorausgesetzt: „Ist der Eigentümer im Besitz der Sache". Die Anerkennung des antizipierten Konstituts würde also überdies noch gleichbedeutend sein mit einer völligen Außerachtlassung des Gesetzestextes. Das RG versucht vermittels des Konstituts, das doch nur eine Uebergabe und Rückgabe bei fortdauerndem Besitz des Veräußerers ersparen soll, einen Rechtserfolg zu erreichen, der der Zweckbestimmung des Konstituts, vor allem aber dem Wesen dinglicher Rechte, widerstreitet. Aus diesen Gründen kann des antizipierte Konstitut nicht anerkannt werden.

Abgesehen von unserer Polemik hiergegen kann das Zweitradionensystem des RG auch allgemeinen Bedenken nicht entgehen. Zunächst erscheint die Annahme zweier Traditionsakte rückschrittlich gegenüber dem Hinweis auf einen unmittelbaren Erwerb des Vertretenen in E 99, 208. Was vermittels nur einer Tradition unter Ausschaltung der Mittelsperson zwanglos zu erreichen ist, wird auf einem äußerst konstruktivem Umwege erstrebt, nur weil man an dem Buchstaben des § 164, II hängen bleibt. Dann aber versagt die Konstruktion des Reichsgerichts

[1]) Siehe Anm. 3, S. 50.

völlig für den sicher nicht seltenen Fall der Besitzdienerschaft des Mittlers[1]). Der vom Reichsgericht, wenn auch nur thoretisch, geforderte Eigentumserwerb des Mittlers ist in diesem Falle unmöglich, da der Mittler nach § 855 den Besitz sogleich seinem Herrn erwirbt, es also an der zu seinem Erwerbe notwendigen Besitzerlangung mangelt[2]). Aber auch der Vertretene erwirbt nicht, da er nach der reichsgerichtlichen Konstruktion nur als Rechtsnachfolger des Vertreters von diesem das Eigentum erwerben kann. Da ferner der Tradent sich seines Rechts entäußerte, würde das Eigentum in der Luft hängen. Eine solche Rechtsfolge ist aber undenkbar. Schließlich führt die Konstruktion des RG auch insofern zu einem bedenklichen Resultat, als der Vertreter Eigentum erwirbt, obwohl in allen Entscheidungen, insbesondere auch in E 100, 190, vorausgesetzt wird, daß er die Fremderwerbsabsicht hat. Das RG läßt also eine Rechtsfolge in seiner Person eintreten, die von ihm nicht gewollt ist. Da der Vertreter ferner seinen Erwerb nicht wollte, so kann er die Uebertragung von sich auf den Vertreter ebenfalls nicht wollen. Das RG kommt somit dem Grundsatz der Privatautonomie in schwersten Konflikt; es ist undenkbar, daß außer den besonderen gesetzlichen Regelungen Rechtsfolgen eintreten, die den Willensäußerungen der Parteien geradezu widerstreben. Hierin offenbart sich am allerdeutlichsten die Konstruktionskünstelei, zu der das RG durch seinen Umweg über zwei Traditonsakte gezwungen wird. Der Lösungsversuch des Reichsgerichts über § 930 kann daher auch allgemein nicht anerkannt werden.

§ 11.

III. Die Vorschriften des Handelsgesetzbuches sprechen für einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Kommittenten.

Wenn die Vorschriften des HGB herangezogen werden, so soll aus ihnen nicht ein unmittelbarer Rückschluß auf die Eigentumsverhältnisse gezogen werden, denn deren Gestaltung ist ja bewußt unterlassen worden. Vielmehr soll nachgewiesen werden, daß die einschlägigen Bestimmungen nicht nur nicht unserem

[1]) so auch Richter a. a. O., S. 129.

[2]) Das RG versucht in E 99, 210 dieser Schwierigkeit dadurch zu entgehen, daß es den Besitzdiener erst unmittelbaren Eigenbesitz erwerben läßt, der dann in Besitzdienerschaft umgewandelt werden müsse. Diese rein aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgte Konstruktion ist einmal völlig unbegründet, dann aber widerspricht sie auch der wirklichen Sachlage, denn entweder erwirbt der Vertreter in Ausführung seines Auftrags als Besitzdiener, oder er erwirbt für sich als Eigenbesitzer. Warum und worin eine Umwandlung erfolgen soll, ist völlig unerfindlich.

Ergebnis widersprechen, sondern im Gegenteil nur dann einen vernünftigen Sinn ergeben, wenn das Eigentum sogleich dem Kommittenten zufällt.

Zunächst sei darauf hingewiesen, daß das Gesetz den Kommissionär im weitesten Umfange dem Kommittenten unterordnet. Der Kommissionär hat, abgesehen von der allgemeinen Sorgfalts- und Herausgabepflicht die Interessen des Kommittenten wahrzunehmen und sich seinen Weisungen bei der Ausführung der Kommission unterzuordnen. Ganz besonders stark wird die Abhängigkeit des Kommissionärs in § 387 betont. Limitiert der Kommittent den Einkaufspreis auf Grund seiner Weisungsbefugnis, so wird der Kommissionär einmal von seiner Verpfichtung, den günstigsten Preis zu erzielen, nicht befreit, dann aber kommt der Vorteilsüberschuß aus einem günstigeren Abschluß nicht ihm, sondern dem Kommittenten zugute. Die Tätigkeit des Kommissionärs beschränkt sich mithin nur auf Dienstleistung für den Kommittenten; eine eigene geschäftliche Selbständigkeit wird durch das Gesetz völlig ausgeschlossen. Aus diesem Grunde würde es schon widersinnig anmuten, trotzdem dem Kommissionär die selbständige Stellung eines Eigentümers an dem Kommissionsgut gegenüber dem Kommittenten zuzubilligen.

Von Bedeutung hierfür ist auch § 392, II, der die durch den Abschluß des Kaufvertrages erzielten obligatorischen Rechte des Kommissionärs im Innenverhältnis als dem Kommittenten gehörig gelten läßt. Abgesehen von ihrem für unsere Feststellung sprechenden Inhalt beweist diese Vorschrift aber noch mehr. Wir hatten oben (S. 31 f.) im Hinblick auf die Zweckbestimmung des § 164, II für richtig befunden, daß die obligatorischen Rechte in der Person des Kommissionärs zur Entstehung gelangten. Sah sich aber hier schon der Gesetzgeber zu einer Sonderregelung zu Gunsten des Kommittenten gezwungen, um wieviel mehr ist die Berücksichtigung der Interessen des Kommittenten dann bei der dinglichen Rechtslage geboten, da doch hier keine Schutzbedürftigkeit des Tradenten seinen dringenden Interessen entgegensteht. Würde man dennoch dem Kommissionär Eigentum zuschreiben, so führte § 392, II zu einem widersinnigen Ergebnis. Der Kommittent kann nach dieser Vorschrift den Gläubigern des Kommissionärs gegenüber die Ansprüche aus dem Kaufvertrag, also auch die Gewährleistungsansprüche, geltend machen. Hat der Tradent, wie vorausgesetzt werden soll, dem Kommissionär das Eigentum verschafft, so kann der Kommittent die Gewährleistungsansprüche gemäß § 392, II HGB. § 43 KO aussondern, das Eigentum verbleibt aber in der Konkursmasse des Kommissionärs. Dingliches Recht und Gewährleistungsansprüche fallen somit auseinander, und letztere sind völlig illusorisch, wie sich am klarsten beim Wandlungsanspruch zeigt. § 392, II

würde daher insofern nur einen vernünftigen Sinn haben, wenn der Kommittent Eigentum erwirbt. Auch ist nicht zu verstehen, warum dem Kommittenten der Eigentumsverschaffungsanspruch aus § 438 BGB zufällt, wenn nachher gleichwohl der Kommissionär Eigentümer wird. Alle diese Gründe sprechen gegen die gegnerische Ansicht. Zu bemerken ist noch, daß das Gesetz eine entsprechende Regelung für die dinglichen Rechte nicht vornehmen konnte, weil es ja sonst die dingliche Rechtslage festgelegt hätte, was aber gerade unterbleiben sollte[1]). § 392, II ist daher zu einem Gegenschluß auf die dinglichen Verhältnisse nicht tauglich. Dies auch schon deswegen nicht, weil § 392, II nur eine singuläre Vorschrift, nicht aber eine prinzipielle Feststellung darstellt[2]). § 392, II ist nur eine Ausnahmevorschrift zu § 392, I[3]).

§ 388, II bestimmt: „Ist das Gut dem Verderb ausgesetzt, . . . und ist keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder ist der Kommittent in der Erteilung der Verfügung säumig, so kann der Kommissionär den Verkauf des Gutes bewirken". Der Kommissionär hat also die „Verfügung des Kommittenten einzuholen". Würde man mit den Gegnern den Kommissionär als Eigentümer ansehen, so würde sich die Merkwürdigkeit ergeben, daß der berechtigte Eigentümer die Verfügung des Nichtberechtigten über das Gut einholen müßte. Man versuchte, den § 382 damit zu erklären, daß man sagte[4]): Auch wenn der Kommissionär Eigentümer ist, erklärt es sich, daß er nur nach der Entschließung des Kommittenten verfahren dürfe, denn er ist ja obligatorisch gebunden. Es ist aber unerfindlich worin diese

---

[1]) Amtl. Entwurf S. 237.

[2]) Vgl. ROHG XVI S. 212.

[3]) Schmidt-Rimpler (a. a. O. S. 938) will neuerdings auch wieder, wie früher (Auerbach) schon vertreten wurde, § 392, II analog für das dingliche Erwerbsgeschäft heranziehen. Der Billigkeitsgrund des § 392. 2, die Forderungen seien von vornherein als rechtlich für den Kommittenten bestimmte erworben, träfe auch bei den Sachenrechten zu, und insofern sei die Voraussetzung einer analogen Anwendung erfüllt. Wie Langen (a. a. O. S. 17) dem schon mit Recht entgegenhält, ist die Rechtsnatur des obligatorischen Rechts von dem des dinglichen absoluten Rechts so verschieden, daß aus diesem Grunde schon eine Analogie bedenklich wäre. Dann ist sie aber auch aus der der historischen Entwicklung des § 392, II heraus abzulehnen. § 392 beruht auf Art. 285 des preußischen Entwurfs; daneben war aber in Art. 284 des pr. Entw. die dingliche Seite dahingehend geregelt, daß der Kommittent in dem Zeitpunkt des Erwerbs für seine Rechnung Eigentum erwürbe. Dieser Art. 284 wurde nrch langen Beratungen schon im a. HGB. gestrichen (vgl. v. Hahn a. a. O. S. 463 ff) und auch nicht in das neue HGB aufgenommen. Hieraus erhellt, daß die in § 392, II getroffene Regelung auf die obligatorischen Rechte bewußt beschränkt wurde. Zum Ueberfluß sei noch darauf hingewiesen, daß singuläre Auseahmebestimmungen keine Analogie vertragen (vgl. Enneccerus, Allgem. Teil, § 44, 2).

[4]) Schmidt-Rimpler a. a. O., S. 925 f.

obligatorische Gebundenheit, in einem solchen Falle das Gut nicht zu veräußern, liegen soll. Gerade aus den allgemeinen Kommissionärspflichten, nach denen der Kommissionär die Interessen des Kommittenten zu wahren hat (§ 384), ergibt sich das Gegenteil. Denn hiernach ist der Kommissionär nicht nur nicht verhindert, sondern sogar verpflichtet, das Gut weiterzuveräußern, wenn andernfalls der Kommittent Verluste erleiden würde. § 388, II hat dementgegen bloß dann einen vernünftigen Sinn, wenn der Kommittent sogleich Eigentümer wird. Denn als Nichteigentümer bedarf der Kommissionär zu einem Verkauf der Einwilligung des berechtigten Kommittenten. Hat er die Verfügung des Kommittenten eingeholt, so überträgt er das Eigentum wirksam als Nichtberechtigter mit Einwilligung des Berechtigten gemäß § 185, I BGB. So allein ergibt sich eine zwanglose Erklärung des § 388, II.

Nach § 397 hat der Kommissionär wegen seiner Forderungen gegen den Kommittenten ein Pfandrecht an dem Kommissionsgut. Noch§ 398 kann er sich nach Maßgabe des Pfandrechts befriedigen, auch wenn er Eigentümer des Gutes ist. Diese Vorschriften sind schon verschiedentlich für und wider die hier vorgetragene Ansicht herangezogen worden. Buchholz versucht, aus § 398 folgendermaßen auf einen Eigentumserwerb des Kommissionärs zu schließen[1]): „Da niemand an seinem eigenen Gut ein Pfandrecht ausüben kann, sucht der Gesetzgeber in § 398 eine besondere Regelung, indem er dem Kommissionär als Eigentümer des Kaufgutes ein Befriedigungsrecht nach Maßgabe des Pfandrechts gibt. . . . Würde der Gesetzgeber einen Eigentumserwerb seitens des Kommissionärs beim Abschluß des Geschäftes nicht voraussetzen, dann hätte sich diese Vorschrift erübrigt, oder man hätte sie für einen bestimmten Sonderfall erlassen." Zunächst ist der letzte Satz unzutreffend. Denn gerade wenn der Kommissionär das Eigentum nicht erwirbt, muß er wegen seiner Auslagen geschützt werden. Es ist nicht zu verstehen, warum gerade dann die Pfandrechtsbestimmung überflüssig oder nur für einen bestimmten Sonderfall (was Buchholz hier meint, ist gänzlich unverständlich) erlassen sein soll. Daß ferner der Gesetzgeber den § 398 schuf, weil niemand an seinem Gut ein Pfandrecht haben kann, ist eine Selbstverständlichkeit, den der Gesetzgeber setzt hier ja den Eigentumserwerb des Kommissionärs selbst ausdrücklich voraus. Dies gibt daher dem Satz: „. . . indem er dem Kommissionär als Eigentümer" . . . keine Begründung. Diese Feststellung Buchholz' bleibt daher unbewiesen.

Schmidt-Rimpler folgert aus § 398, daß der Kommissionär

---

[1]) Buchholz, a. a. O., S. 15.

„nicht in der Regel" Eigentümer ist[1]). „Dies träfe gewiß zu, da der Verkaufskommissionär immer, der Einkaufskommissionär immer dann nicht Eigentümer wäre, wenn er zwar das Eigentum aber nicht den Besitz (anscheinend ist hier der unmittelbare Besitz gemeint) auf den Kommittenten übertragen hat". So überflüssig, weil selbstverständlich, letztere Feststellung ist, im Ergebnis kommt Schmidt-Rimpler unserer Auffassung nahe. Es ist aus den §§ 397, 398 zu entnehmen, daß das Gesetz den Kommissionär als Eigentümer regelmäßig nicht voraussetzt. Dafür spricht einmal die Tatsache, daß § 398 dem § 397 als Ausnahmefall angehängt ist; der Gesetzgeber hielt also die besondere Hervorhebung der Möglichkeit, daß der Kommissionär auch einmal Eigentümer sein kann (vgl. oben S. 36 Note 4), für erforderlich. Dann aber spricht der Wortlaut des § 398 hierfür. Wenn das Gesetz sagt: „... auch wenn er Eigentümer ist", so kann dies nur dahin verstanden werden, daß der Kommissionär regelmäßig nicht als Eigentümer vorausgesetzt wurde[2]). Auch daß der Kommissionär sich nur nach Maßgabe des Pfandrechts befriedigen kann, bestätigt unsere Ansicht. Das Gesetz wollte dem Kommissionär als Eigentümer im Hinblick auf § 1256,I BGB ein Pfandrecht selbst nicht geben, wohl aber die Möglichkeit pfandmäßiger Befriedigung[3]). Diese Besonderheit fehlt aber in § 397. Hier hat der Kommissionär ein volles Pfandrecht, weil hier im Gegensatz zu dem Ausnahmefall des § 397 sein Eigentumserwerb nicht vorausgesetzt wurde. Würden wir trotzdem mit den Gegnern den Kommissionär als Eigentümer ansehen, so würde das, was im Ausnahmefall des § 398 mit seiner besonderen Regelung erträglich erscheint, für den Regelfall des § 397 zu einem widersinnigen Ergebnis führen. Es würde der Eigentümer an seinem eigenen Gut noch obendrein ein Pfandrecht haben. Wie dieses Pfandrecht aber zu verwerten ist, ist nicht ersichtlich, denn der Eigentümer wird naturgemäß nicht sein Gut im Pfandverkauf veräußern. Wenn wir dem Gesetz nicht jeden vernünftigen Sinn absprechen wollen, müssen wir zu dem Ergebnis kommen, daß in § 397 der Erwerb

[1]) Schmidt-R. a. a. O. S. 926 Anm. 26.

[2]) Schmidt-Rimpler (a. a. O. S. 926) führt folgendes aus: „Eben weil der Kommissionär regelmäßig Eigentümer wird — wie sollte denn sonst der Fall so häufig praktisch werden, daß eine Sonderbestimmung erforderlich gewesen wäre —, ist die Bestimmung gegeben". Daß der Kommissionär Eigentümer werden kann, wenn sein Wille dahin geht, ist von uns bejaht worden (oben S. 36 Note 4). Aber aus der besonderen Regelung dieser Möglichkeit ihre besondere Häufigkeit herzuleiten, dürfte verfehlt sein, denn der Gesetzgeber soll möglichst alle, auch die gelegentlichen, Eventualitätem berücksichtigen. Im übrigen widerspricht sich Schm.-R. hier selbst, da er (in Anm. 26 zu S. 926) aus § 398, II gefolgert hatte, daß der Kommissionär nicht in der Regel Eigentümer wird.

[3]) Petri a. a. O. S. 363.

des Kommittenten vorausgesetzt wurde. — Es sei hier nochmals kurz darauf hingewiesen, daß die herrschende Ansicht, die meist ohne weiteren Kommentar allein auf § 383 gestützt wird [1]), durch diese Vorschrift nicht zu rechtfertigen ist. Zunächst meint § 383 nur den Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages, wie in § 2 dieser Abhandlung bemerkt wurde. Dingliche Rechtsfolgen auf diese Vorschriften zu stützen, wäre daher aus diesem Grunde schon verfehlt. Vermeinte man ferner jede dingliche Wirkung für den Kommittenten prinzipiell deswegen leugnen zu müssen, weil der Kommissionär im eigenen Namen handelt, so wird hierbei übersehen, daß unsere Rechtsordnung dingliche Rechtswirkungen für Dritte durch das Handeln einer im eigenen Namen auftretenden Personen kennt, es seien nur die §§ 1357, 1381, 1646 BGB erwähnt, aus denen, allerdings wegen ihrer besonderen Natur, keine weitgehenden Folgerungen zu ziehen sind. Daß schließlich das Handeln im eigenen Namen einen Erwerb des Kommissionärs konstruktiv nicht erfordert, dies zu beweisen, war Aufgabe der bisherigen Untersuchung.

Wir können abschließend feststellen, daß der Gesetzgeber, wenn er auch keine bindende Norm für die dingliche Rechtslage aufgestellt hat, bei der Redaktion des HGB, wohl unter dem Einfluß des preußischen Entwurfs und der hierauf fußenden Anträge, bewußt oder unbewußt von der Annahme ausging, daß der Kommissionär regelmäßig nicht Eigentümer des Kommissionsgutes ist. Nur dann ergeben die einschlägigen Bestimmungen einen vernünftigen Sinn.

IV. Die Sonderfälle.

§ 12.

Der Einkauf vertretbarer Sachen.

Da im Kommissionsgeschäft die Sachen, die nach Maß, Zahl und Gewicht bestimmt werden, eine große Rolle spielen [2]), so fragt es sich, ob die oben entwickelten allgemeinen Grundsätze auch für den Einkauf generell bestimmter Sachen Platz greifen. Grundsätzlich wird man dies zu bejahen haben. Wenn beispielsweise ein Kommittent seinem Kommissionär den Auftrag gibt, für ihn 10 Doppelzentner Weizen einzukaufen, so erwirbt der Kommittent in der gleichen Weise mittelbaren Besitz und Eigentum mit der Empfangnahme der Ware durch den Kommissionär, als wenn es sich um den Einkauf einer Speziessache handelte. Denn eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen kann ebenso Gegen-

[1]) Staub, a. a. O. § 383 Anm. 31; Düringer-Hachenburg, § 384 Anm. 74; Cosack, Handelsrecht S. 268; Müller-Erzbach, Handelsrecht S. 173; Lehmann-Ring, § 392 Anm. 7; Makover, § 383 g 2; Lehmann a. a. O. § 192, 2.

[2]) Vgl. Jung, ZHR Bd. 47 S. 209.

stand eines dinglichen Rechtes sein wie eine Speziessache: insbesondere ist auch durchaus die Begründung eines mittelbaren Besitzverhältnisses an ihr bei Erfüllung der hierzu notwendigen Voraussetzungen möglich.

Die Frage des Einkaufs von Genußsachen wird in der Literatur in irreführender Weise[1]) nur für den besonderen Fall behandelt, daß mehrere Aufträge auf bestimmte Quantitäten derselben Art von dem Beauftragten gleichzeitig durch einen Einkauf ausgeführt werden. Brun's irrtümliche Bemerkung, daß die h. M. zwischen dem Erwerb von Spezies- und Genußsachen unterscheide[2]) ist daher erklärlich.

In diesem besonderen Fall, den man beim Kommissionsgeschäft als Sammelkommission bezeichnet, ist allerdings ein unmittelbarer Eigentumserwerb der einzelnen Kommittenten nicht möglich. Denn solange der Kommissionär noch nicht durch eine reale Teilung der erworbenen Gesamtquantität zu erkennen gegeben hat, welche Teilquantitäten er den einzelnen Kommittenten zukommen lassen will, fehlt es für die Erlangung des mittelbaren Besitzes der Kommittenten an einem tatsächlicher Beherrschung fähigem Gegenstand. Der mittelbare Besitz an einer vertretbaren Sache setzt in der gleichen Weise wie der unmittelbare Besitz voraus, daß diese Sache durch Absonderung von der Gesamtheit eine selbständige, nicht mehr mit dieser verbundene Existenz erlangt hat. Andernfalls wäre, wie das RG treffend ausführt[3]), der mittelbare Besitzer auch garnicht in der Lage, seine in § 869 bezeichneten Besitzschutzrechte über die ihm zukommende Quantität auszuüben. Vor der realen Teilung der Gesamtheit kann daher der einzelne Kommittent keinen mittelbaren Besitz und damit auch kein Eigentum erworben haben. „Eine bloße Abstraktion und das ist die Bezeichnung nach Maß, Zahl und Gewicht[4])" kann nichtgenügen. Götz glaubt für diesen Fall darin einen Ausweg gefunden zu haben, daß er die einzelnen Auftraggeber dem mittelbaren Besitz in Gestallt des Mitbesitzes an der Sachgesamtheit

[1]) Vgl. Jung, ZHR 47 S. 206 u. S. 209! Isay a. a O. S. 353; Bartels in Gruch. Beitr. 42 S. 672; Deutskens S. 8 f.

[2]) Bruns a. a. O. S. 169.

[3]) E 52 S. 389: „Wenn ein besonderes von dem Besitz der Gesamtheit verschiedenes Besitzverhältnis begründet werden soll, müssen die Sachen nicht bloß der Menge oder Anzahl nach, sondern individuell wenigstens insoweit bestimmt werden, daß der neue Besitzer derselben unmittelbar, d. h. ohne daß es hierzu noch einer weiteren Bezeichnung oder Aussonderung derselben bedürfte, seine tatsächliche Gewalt über sie . . . ausüben kann . . . Solange eine individuelle Bestimmung der Bestandteile der Sachgesamtheit nicht erfolgt ist, ist der mittelbare Besitzer nicht in der Lage, die sich aus dem mittelbaren Besitz ergebenden Rechte über irgend ein zu der Sachgesamtheit gehörendes Recht auszuüben."

[4]) Jung, ZHR 47, S. 206.

erwerben läßt[1]). Dieser mittelbare Mitbesitz, wie ihn auch M. Wolff für möglich hält[2]), soll solange währen, bis die Sonderung erfolgt. Diese Ansicht ist aber abzulehnen. Einmal könnte dieses Mitbesitzverhältnis mangels bestimmter Teilquantitäten nur zu einem Miteigentum der Kommittenten führen, eine Folge, die schon mit dem Kommissionsaufträgen und dem hierin erstrebten Alleineigentum der Kommittenten an der gewünschten Menge in Widerspruch stände, dann aber ist ein mittelbarer Mitbesitz überhaupt undenkbar. Wie sich aus der Fassung des Gesetzes in § 866: „Besitzen mehrere gemeinschaftlich" ergibt, ist ein Mitbesitz nur bei unmittelbarem Besitz möglich. Denn nur dann ist es denkbar, daß die Mitbesitzer „gemeinschaftlich" ihre tatsächliche Gewalt an der Sache ausüben[3]), beispielsweise die einzelnen Familienmitglieder an dem in der gemeinsamen Wohnung befindlichen Inventar. Daher steht auch die h. M.[4]) mit Recht auf dem Standpunkt, daß der Mitbesitz durch gemeinschaftliche Besitzergreifung nach § 854, mithin durch Begründung des unmittelbaren Besitzes entsteht. Daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 866 nur ein unmittelbares Besitzverhältnis meinte, ergibt sich überdies auch noch aus der Stellung im System. Für den Fall der Sammelkommission ist daher ein direkter Eigentumserwerb der Kommittenten mangels eines „besitzfähigen Objekts[5])" unmöglich.

Im übrigen mangelt es hier auch an dem notwendigen Fremderwerbswillen des Kommissionärs. Denn bei der Ausführung der verschiedenen Aufträge handelt der Kommissionär gewissermaßen im eigenen Interesse, nämlich, um sich „in den Stand zu setzen, seinen Verpflichtungen gegenüber den Kommittenten später zu genügen"[6]). Seine Vorstellung umfaßt daher auch nicht die einzelnen Auftraggeber, vielmehr ist sie nur darauf gerichtet, in dem einen Geschäftsakt die Summe der erhaltenen Aufträge zu erledigen[7]).

Wann erwerben nun die einzelnen Kommittenten das Eigentum? In Konsequenz zu dem eben Gesagten kann der Eigentumsübergang nur in dem Augenblick liegen, in dem der Kommissionär durch Absonderung der einzelnen Stücke zu erkennen gibt, wem er die konkreten Teilquantitäten zukommen lassen will.

---

[1]) Götz, S. 49.
[2]) Enneccerus-Wolff § 9, II, 1.
[3]) Vgl. auch RG 13, 79; RGRK § 866, 1.
[4]) Staudiger § 866, 1 b; RGRK § 866, 1; Soergel § 866, 1 u. a. m.
[5]) so auch Endemann, Lehrb. II S. 519: „Die genaue Bestimmung der Einzelsache ist eine Voraussetzung der Eigentumsherrschaft. Man kann daher nicht an 100 Flaschen Wein Eigentum erwerben, solange sie unabgesondert unter 1000 gleichartigen liegen".
[6]) so Isay a. a. O. S. 354.
[7]) vgl. hierzu Jung, ZHR 47 S. 206.

Diese Eigentumsübertragung erfolgt durch Insichgeschäft. Die Voraussetzungen des § 181 ist in dem Kommissionsvertrag und der hieraus entstandenen Verbindlichkeit des Kommissionärs erfüllt. Sondert der Kommissionär die gewünschte Quantität ab, so erfolgt dies notwendig in dem Bewußtsein der Ausführung des jeweiligen Auftrags. Gleichzeitig betrachtet der Kommissionär die abgesonderte Quantität als eine nunmehr dem Kommittenten gehörige. Hierin liegt der Abschluß eines Insichgeschäfts, das zum Inhalt die Einigung und die Vereinbarung eines Besitzkonstituts hat. Die Zuteilung der einzelnen Stücke erfordert eine Tätigkeit des Kommissionärs, die darin besteht, daß der Kommissionär die Quantität in ein Fach oder Namensband des Kommittenten legt oder sie unter Stückeangabe dem Kommittenten gutschreibt. Hierin liegt die für die Wirksamkeit des Insichgeschäfts notwendige Erkennbarkeit[1]). Der Kommittent wird daher vermittels eines bei der Absonderung regelmäßig und notwendig erfolgenden Insichgeschäfts des Kommissionärs gemäß §§ 181, 930 Eigentümer[2]).

§ 13.
Der Selbsteintritt.

Das Gesetz läßt den Selbsteintritt des Kommissionärs dann zu, wenn der Kommissionär einen Auftrag zum Einkauf von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis, sowie von Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, erhalten hat. Da es sich beim Selbsteintritt demnach um vertretbare Sachen handelt, müssen die im vorigen Abschnitt dargelegten Erwägungen auch im Vordergrund der Erörterung des Selbsteintritts stehen.

---

[1]) Es sei bemerkt, daß hierin kein Widerspruch zu der hinsichtlich des antizipierten Konstituts ergangenen und von uns anerkannten (oben S. 49) Rechtsprechung liegt; denn nicht das constitutum possessorium erfordert hier die Erkennbarkeit, sondern der allgemeine Grundsatz der Unbeachtlichkeit rein psychisch gebliebener Vorgänge. Deswegen ist mit dem RG selbst (vgl. o. S. 43/44) beim Insichgeschäft, das ja einen neuen Willensakt des Vertreters im Gegensatz zum antizipierten Konstitut voraussetzt, grundsätzlich eine Erkennbarkeit notwendig.

[2]) Der Ansicht Jungs (ZHR 47 S. 208 ff), der allein mit der Individualisierung das Eigentum übergehen läßt, vermögen wir nicht völlig beizupflichten, denn das zum Uebergang erforderliche Konstitut sieht Jung im Augenblick der Individualisierung schon als vereinbart an. Seine Ansicht läuft damit auf das antizipierte Konstitut hinaus, dem die oben angeführten Bedenken entgegenstehen. Der Unterschied zu vorgetragener Ansicht ist insofern aber nur konstruktiver Art, im Grunde muß nämlich auch nach dieser Ansicht eine neue Willensbetätigung des Kommissionärs vorliegen, denn die Individualisierung erfolgt ja im Hinblick auf eine bestimmte Person, dem jeweiligen Kommittenten. Im praktischen Ergebnis besteht kein Unterschied zu obiger Ansicht.

Zunächst muß darauf hingewiesen werden, daß der selbsteintretende Kommissionär eine Doppelstellung hat. Seine Funktion als Vermittler zwischen Drittkontrahent und Kommittent fällt fort; statt dessen wird er selbst Veräußerer des Kommissionsguts. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes in § 401: „Daß er . . . selbst als Verkäufer liefert". Der selbsteintretende Kommissionär und der Kommittent stehen sich mithin als Kaufvertragsparteien gegenüber [1]). Dies schließt freilich nicht aus, daß dem Kommissionär nach wie vor die Kommissionärspflichten, insbesondere die Interessenwahrung des Kommittenten, obliegen. Wie sich aus den §§ 400, II und III, § 402 insbesondere auch aus § 401, der dem Kommissionär Spekulationsmöglichkeiten mit dem Kommissionsgut zu nehmen sich bestrebt [2]), ergibt, soll der wirtschaftliche Erfolg für den Kommittenten der gleiche sein, als wenn die Ausführung regulär erfolgt ist [3]). Der selbsteintretende Kommissionär hat daher die Doppelstellung eines Verkäufers und Kommissionärs [4]).

Die Ausführung des durch die Absendung der Eintrittsanzeige mit dem Kommittenten geschlossenen Kaufvertrages (§ 400,II) kann in der Weise erfolgen, daß der Kommissionär direkt aus seinen Beständen liefert. Hier erfolgt der Eigentumsübergang in der gleichen Weise, wie bei der Sammelkommission (s. S. 60) dargelegt wurde, vermittels Insichgeschäfts in dem Augenblick, in dem der selbsteintretende Kommissionär die gewünschte Quantität dem Kommittenten in erkennbarer Weise zuteilt. Dies wird frühestens mit, regelmäßig aber nach der Ausübung des Selbsteintritts erfolgen.

Sehr häufig ist der Fall, daß der Kommissionär das angeforderte Gut erst anderweitig besorgt, um sich den für ihn günstigen Selbsteintritt zu ermöglichen. Denn der Selbsteintritt beschränkt die allgemeine Rechenschaftspflicht des Kommissionärs (§ 384 HGB, § 259 BGB) [5]) auf den Nachweis der Einhaltung des Börsenpreises und wird daher vor allem im Bank- und Börsenwesen als eine große Erleichterung angestrebt [6]). Da der Kommittent

---

[1]) so auch Breit a. a. O. S. 173 ff.

[2]) so Jung, ZHR 47 S. 217.

[3]) Freilich wird dies in der Praxis kaum der Fall sein, solange die vertragliche Einräumung des Selbsteintritts vermittels d. sog. Eigenhändlerklausel (vgl. unten Note 6) auch bei nicht börsengängigen Effekten als zulässig gilt.

[4]) so die h. M.: Staub, § 400 Anm. 20; Düringer-Hachenburg, § 400 Anm. 38; v. Gierke, Handelsrecht, § 67 VII, 2 c u. a. m.

[5]) sie umfaßt die Verpflichtung zu jeder Auskunft, die den Umständen nach erforderlich ist.

[6]) Ein Symptom hierfür ist, daß die Banken durch die sog. Eigenhändlerklausel den Selbsteintritt auf alle Aufträge zum An- und Verkauf von Wertpapieren auszudehnen versuchen. Vgl. auch Gierke § 67, VII, 1 c.

durch § 401, II genügend geschützt ist, so kann dieser sog. Deckungskauf die Interessen des Kommittenten nicht verletzen und muß daher als statthaft angesehen werden [1]). Der Deckungskauf ist ein selbständiges Geschäft des Kommissionärs, das vor der eigentlichen Ausführung der Kommission liegt. Es berührt den Kommittenten und das Kommissionsverhältnis noch in keiner Weise. Letzteres ist gewissermaßen bloß Motiv für den Deckungskauf. Daher erwirbt der Kommissionär an dem aus dem Deckungskauf erlangten Gut immer selbst Eigentum [2]). Weil aber der Kommissionär naturgemäß nur die gewünschte Quantität vermittels des Deckungsgeschäfts besorgt, so ist ein sofortiger Erwerb des Kommittenten bei der Ausübung des Selbsteintritts möglich. Und zwar erfolgt die Eigentumsübertragung vermittels eines in der Ausübung des Selbsteintritts liegenden Insichgeschäfts gemäß §§ 181, 930. Denn mit der Absendung der Eintrittsanzeige wird das jetzt schon in der gewünschten Quantität vorhandene Gut in dem zum Besitz- und Eigentumsübertrag notwendigen Auftragsbewußtsein mit dem Kommittenten in Beziehung gebracht. Gleichzeitig liegt in der Absendung der Eintrittsanzeige die für das Insichgeschäft notwendige Erkennbarkeit. Dieses Insichgeschäft ist nur eine Folge der Doppelstellung des selbsteintretenden Kommissionärs, denn in der gleichen Weise, wie wenn der Kommissionär mit dem Drittkontrahenten abgeschlossen hätte, nimmt er — nun aber in sich selbst — die Eigentumsübertragung auf den Kommittenten vor. Er ist ja Verkäufer und Kommissionär in einer Person.

Schließt aber der Kommissionär einen Dekungskauf gleich hinsichtlich mehrerer Kommissionsaufträge auf dieselbe Genussache ab, so kann der Eigentumserwerb des Kommittenten, entsprechend dem bei der Sammelkommission Gesagten, erst in dem Augenblick erfolgen, in dem der Kommissionär durch Absonderung der Teilquantität vermittels Insichgeschäfts tradiert.

§ 14.

Das Bankdepotgesetz.

Für eine bestimmte Gruppe von Fällen, den kommissionsmäßigen Einkauf von Wertpapieren, ist im Gegensatz zum HGB

[1]) Staub, § 400 Anm. 9.

[2]) insofern ist der Einwand Breits (a. a. O., S. 182), daß, da der Kommittent durch den Deckungskauf das Eigentum erwerbe, durch spätere Ausübung des Selbsteintritts ein Kaufvertrag über eine bereits dem Kommittenten gehörige Sache geschlossen würde, nicht stichhaltig. Breit identifiziert Deckungskauf und Ausführung des Kommissionsauftrags, und verkennt hierbei völlig das Wesen des Deckungskaufs. Insofern ist auch seine Polemik gegen Jung verfehlt, zumal er, ähnlich wie Bruns (s. o. S. 58), verkennt, daß jener nur den Fall der Sammelkommission behandelt, aber von der Erörterung des Erwerbs zwar genereller, aber nur in gewünschter Quantität vorhandenen Sachen absieht.

durch das Depotgesetz vom 5. 7. 1896 nebst seiner Novelle vom 21. 11. 1923 eine gesetzliche Regelung des Eigentumsüberganges vorgenommen worden.

Für vorliegende Untersuchung interessieren nur die den Eigentumsübergang betreffenden §§ 3, 7, 7 a. Das Gesetz geht in diesen Vorschriften davon aus, daß der Kommissionär (die Bank) regelmäßig Eigentümer wird, und demzufolge erst noch die weitere Eigentumsübertragung auf den Kommittenten (den Kunden) zu erfolgen hat. Für diese zweite Tradition wird das Stückeverzeichnis zu besonderer Bedeutung erhoben. Nach § 7 vollzieht sich der Eigentumsübergang mit der Absendung des Stückeverzeichnisses, gleichgültig, ob hierbei der Wille des Bankiers auf die Eigentumsübertragung gerichtet ist oder nicht. In § 3, I wird der Kommittent insofern gesichert, als auf sein Verlangen binnen einer Woche die Absendung des Stückeverzeichnisses zu erfolgen hat. In § 3, II folgen weitere Sicherungen des Kommittenten, die bis zu einem „Konkursvorrecht [1])" in § 7 a gesteigert werden, um ihn auch dann zu schützen, wenn er kein Verlangen auf Absendung des Stückverzeichnisses stellt und demzufolge auch keinen Eigentumserwerb gemacht hat.

Aus der Tatsache, daß das Gesetz hier einen Eigentumserwerb des Kommissionärs voraussetzt, zog man die Folgerung, daß der Kommittent unmöglich direkt das Eigentum am Kommissionsgut erwerben könne, weil sonst die gesetzlichen Vorschriften der §§ 3, 7, 7 a sinnlos wären [2]). — Scheint es schon wegen der Untauglichkeit singulärer Vorschriften zu Analogien und Gegenschlüssen [3]) verfehlt, von der speziellen Regelung des Bankdepotgesetzes auf die allgemeine Rechtslage zu schließen, so ist dieses Argument auch insofern nicht stichhaltig, als die Bank wegen der besonderen Sachlage beim Wertpapierhandel in der Regel auch nach unserer Ansicht unbestreitbar Eigentümer wird. Man vergegenwärtige sich den modernen, technisch denkbar verwickelten Bankverkehr. Die Ausführung der zahlreichen Kommissionsaufträge zum Einkauf von Wertpapieren erfolgt durch Makler und Börsenangestellte. Bei der Erledigung dieser Aufträge fehlt es an jeder Bezugnahme auf einen bestimmten Kommittenten. Kein Bankangestellter wird sich darüber im Klaren sein, für welchen Komittenten er an der Börse zu kaufen hat. In der Regel wird er sogar nicht einmal wissen, ob er überhaupt in Ausführung eines Kommissionsauftrages oder für eine Eigenspekulation der Bank tätig ist. Er handelt nach den Weisungen, die er empfangen hat, hierin erschöpft sich seine Tätigkeit und sein Interesse. Ganz besonders ist dies der Fall

[1]) so Rießer, a. a. O., S. 171.
[2]) so insbes. v. Gierke, a. a. O. § 67, VI, 6, 3.
[3]) Vgl. oben S. 54 und dort Anm. 3.

bei der Ausführung des Kommissionsauftrags durch selbständige Makler. Es fehlt daher immer an dem für einen unmittelbaren Erwerb des Kommittenten notwendigen, auf seine Person sich beziehenden Fremderwerbswillen des Kommissionärs.

Bei den zahlreichen Termingeschäften erwirbt der Kommittent schon aus anderen Gründen nicht unmittelbar. Die Erfüllung der Kaufverträge erfolgt hier nach der Ultimoregulierung durch den Skontrierungsverband, und zwar in Form der Verrechnung und des Ausgleichs zwischen den Forderungen und Verpflichtungen der einzelnen Banken. Da insofern keine reale Uebergabe der Papiere erfolgt, so muß die Bank vermittels Selbsteintritts aus ihren Beständen liefern. Hier erwirbt der Kommittent nach dem oben Gesagten nur vermittels des bei der Absonderung erfolgenden Insichgeschäfts. Ein realer Ausgleich durch Lieferung der Papiere erfolgt lediglich zwischen den Inhabern der nach der Ultimoregulierung übriggebliebenen Aktiv- und Passivsaldos und zwar wird an den Inhaber des Aktivsaldos in Höhe des gesamten Saldos geliefert. Hier wird der unmittelbare Erwerb des Kommittenten schon dadurch gehindert, daß noch kein besitzfähiges Objekt vorhanden ist. Und schließlich muß berücksichtigt werden, daß im Wertpapierhandel in den weitaus meisten Fällen schon die Ausführung durch Sammelkommission einen Erwerb des Kommissionärs zur Folge hat.

Mithin steht der im Depotgesetz vorausgesetzte Eigentumserwerb des Kommissionärs schon um deswillen vorgetragener Ansicht nicht entgegen, weil nach ihr selbst ein Eigentumserwerb des Kommissionärs regelmäßig vorliegen wird.

Weiterhin kann geltend gemacht werden, daß das Depotgesetz einen Erwerb des Kommissionärs nicht ausnahmslos voraussetzt, sondern ausdrücklich einen früheren Erwerb des Kommittenten nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts berücksichtigt. So heißt es in § 7: „Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen der Uebergang des Eigentums schon in einem früheren Zeitpunkt eintritt, bleiben unberührt". Daraus kann nur gefolgert werden, daß das Gesetz den Zeitpunkt der Uebersendung des Stückeverzeichnisses als den letzten erträglichen Termin für einen Eigentumserwerb des Kommittenten ansieht[1]). Hierin liegt einmal das Zugeständnis des Gesetzgebers, daß es dem Kommissionär nicht überlassen bleiben kann, den Eigentumsübergang beliebig hinauszuzögern, wie es die herrschende Lehre annimmt, dann aber auch eine Rechtfertigung vorgetragener Ansicht insofern, als ein unmittelbarer Erwerb des Kommittenten möglich sein soll. – In § 7a gibt das Gesetz das Konkursvorrecht nur für den Fall: „daß die Wertpapiere nicht auf andere

[1]) so auch Rießer, Depotgesetz S. 155.

Weise in das Eigentum des Kommittenten übergegangen sind." Das Gesetz trifft die besondere Regelung des Konkursvorrechts gewissermaßen nur subsidiär, falls eben nicht der Kommittent auf anderem Wege Eigentum und damit ein reguläres Aussonderungsrecht erlangt hat[1]). Im übrigen ist § 7a, wie schon angedeutet, als eine im Interesse der schutzbedürftigen Kommittenten erfolgte Regelung anzusehen, denn diese Vorschrift ist ein notwendiger Ausgleich dafür, daß nach der Novelle von 1923 der Kommissionär nur auf Verlangen des Kommittenten verpflichtet ist, vermittels Absendung des Stückeverzeichnisses die Eigentumsübertragung vorzunehmen.

Nach diesen Feststellungen kann es nicht mehr zweifelhaft sein, daß das Depotgesetz einem unmittelbaren Erwerb des Kommittenten nicht entgegensteht. Andererseits läßt sich die vorgetragene Ansicht zwanglos in die Bestimmungen des Depotgesetzes einordnen. Auch findet sie hinsichtlich der gesetzlichen Berücksichtigung der schutzbedürftigen Interessen des Kommittenten ihre Rechtfertigung. Sollte das Depotgesetz unter dem Einfluß der herrschenden Lehre von dem Eigentumserwerb des Kommissionärs ausgegangen sein, so finden wir in ihm den Beweis, daß die h. Z. dem Verkehr nicht gerecht wird, dieser vielmehr eine andere Regelung erfordert.

§ 15.

C. Die Verkaufskommission.

Bei der Verkaufskommission bleibt der Kommittent Eigentümer des Gutes bis zum Eigentumserwerb des Käufers. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Verkaufskommission, denn die Uebergabe des Gutes an den Kommissionär hat nur den Zweck, den Kommissionär in den Stand zu setzen, das Gut im eigenen Namen für Rechnung des Kommittenten zu verkaufen. Hierzu ist aber keineswegs eine Eigentumsübertragung notwendig. Andererseits will der Kommittent auch nicht den Kommissionär zum Eigentümer machen, weil sein Interesse aus denselben Gründen, wie bei der Einkaufskommission darauf gerichtet ist, Eigentümer zu bleiben. Es würde daher auch regelmäßig an einer Einigung über den Eigentumsübergang fehlen[2]). So überträgt der Kommittent nur den unmittelbaren Besitz; mittelbarer Besitz[3]) und Eigentum verbleiben ihm. Es

[1]) Zu bemerken ist, daß das „Konkursvorrecht" (§ 7a) weder ein Aussonderungsrecht noch ein Absonderungsrecht darstellt, sondern ein besonders geartetes, den anderen Gläubigern vorgehendes Konkursgläubigerrecht (so auch Rießer, Depotgesetz S. 171).

[2]) Vgl. Literatur-Verzeichnis, so die h. M.: vgl. Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 922 und die dort aufgeführte Literatur.

[3]) Vgl. oben S. 38 ff.

bleibt selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß kraft besonderer Vereinbarung beispielsweise zu Sicherungszwecken für geleistete Vorschüsse das Eigentum auf den Kommissionär übertragen wird. Diese Fälle werden aber äußerst selten sein, insbesondere weil der Kommissionär durch das gesetzliche Pfandrecht des § 397 HGB genügend geschützt ist. Der Kommittent bleibt mithin als Eigentümer bis zur Uebertragung des Eigentums auf den Käufer dinglich gesichert. Darüber herrscht auch ausnahmslos Einigkeit. Es ist aber mit Recht darauf hingewiesen worden [1]), daß insofern die herrschende Lehre in einen gewissen Widerspruch gerät. Denn da bei der Verkaufskommission der Kommissionär trotz Handelns im eigenen Namen ein fremdes Recht direkt überträgt, so hätte die h. L. den bei der Einkaufskommission erhobenen Einwand, daß eine solche Rechtswirkung wegen des Handelns im eigenen Namen begrifflich unmöglich sei, auch hier erheben, zu mindesten aber hierauf eingehen müssen.

Auf welche Weise erwirbt der Käufer das Eigentum? Man vertrat früher [2]) den Standpunkt, daß bei der Verkaufskommission der Käufer auf Grund seines guten Glaubens gemäß den §§ 932 ff das Eigentum erwürbe. Diese Konstruktion ist heute allgemein aufgegeben, denn man kann den Kommissionär nicht als Nichtberechtigten i. S. dieser Vorschrift ansehen. Diese betreffen vielmehr die Fälle, in denen ein Nichteigentümer unbefugt [3]) in ein fremdes Vermögen eingreift. Der Kommissionär ist aber durch den Kommissionsvertrag nicht nur befugt, sondern sogar verpflichtet, über das Gut des Kommittenten durch Verkauf zu verfügen. Außerdem wäre dann ein Erwerb des Käufers durch constitutum possessorium im Hinblick auf § 933 unmöglich. Als einschlägige Bestimmung muß vielmehr § 185 Platz greifen. Wie Flechtheim schon bemerkt [4]), kann man sich für § 185 keinen besseren Schulfall denken als die Eigentumsübertragung durch den Verkaufskommissionär, denn § 185 betrifft gerade den Fall, in dem jemand im eigenen Namen über ein fremdes Recht mit Einwilligung des Berechtigten verfügt. Der Eigentumserwerb des Käufers richtet sich daher ganz unabhängig davon, ob er im guten Glauben ist oder nicht, allein danach, ob ihm mit Einwilligung des Berechtigten tradiert wird. In dem Kommissionsvertrag liegt aber ohne Zweifel die Einwilligung des Kommittenten. Der Eigentumserwerb des Käufers vollzieht sich daher auf zwangloseste Weise über § 185 [5]). Da der Kommittent mit der Eigentumsübertragung in jeder Form

[1]) Jung, ZHR 47 S. 223.
[2]) Düringer-H. (1905) § 384 Note IV, 3. u. a. m.
[3]) so auch Deutskens S. 40.
[4]) Flechtheim im L. Z. 1909 S. 49.
[5]) so heute auch die h. L.: vgl. Schmidt-Rimpler S. 923 Anm. 6 und die dort aufgeführte Literatur.

einverstanden ist, so steht dem nichts im Wege, daß der Kommissionär auch vermittels constitutum possessorium überträgt.

Die an den Kommissionär erfolgende Gegenleistung erwirbt regelmäßig der Kommittent. Es gilt insoweit das bei der Einkaufskommission Gesagte. Freilich wird, da es sich um Käuferleistung des Dritten handelt, der Kommissionär, wenn er nicht das Geld sofort für den Kommittent absendet, durch untrennbare Vermischung mit eigenem Geld Eigentümer davon werden.

§ 16.
D. Schluß.

Das Endergebnis unserer Untersuchung ist folgendes:

Der Einkaufskommittent erwirbt nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften in der Regel unmittelbar das Eigentum am Kommissionsgut und ist somit gegenüber Kommissionär und Dritten dinglich gesichert. Beim Selbsteintritt erwirbt der Kommittent, indem sich hier sein Erwerb vermittels Insichgeschäft vollzieht, im frühestens möglichen Augenblick, denn das Insichgeschäft stellt die Ausführung des Kommissionsgeschäfts dar und bewirkt daher den Eigentumserwerb des Kommittenten in dem gleichen Zeitpunkt, wie für den normalen Fall das Traditionsgeschäft zwischen Drittkontrahenten und Kommissionär. In der Sammelkommission sehen wir eine Ausnahme, die ihrer Natur nach einen Eigentumserwerb des Kommissionärs bedingt.

Der Verkaufskommittent bleibt Eigentümer und ist somit ebenfalls dinglich gesichert.

Trotz dieses Ergebnisses bleibt es ein großer Nachteil, daß die dingliche Seite des Kommissionsgeschäfts gesetzlich nicht geregelt wurde. Die vielen Zweifelsfragen und Kontroversen, die immer wieder auftauchen, insbesondere aber auch die hinsichtlich unseres Problems unternommenen Lösungsversuche des Reichsgerichts beweisen zur Genüge, daß eine klare gesetzliche Regelung dringend notwendig ist. Eine solche Regelung in unserem Sinne könnte die Rechte der beteiligten Personen, des Kommissionärs und Tradenten, wie in § 6 ausgeführt wurde, in keiner Weise schmälern. Wie ferner die gesetzliche Entscheidung nur dahin gehen könnte, dem Kommittenten, obwohl der Kommissionär im eigenen Namen handelt, das Eigentum unmittelbar zukommen zu lassen, so finden sich auch im Gesetz selbst zahlreiche Vorschriften, die eine Ausnahme von der Regel darstellen, daß der Erwerb, den eine Person macht, in ihr Vermögen fällt. Die geforderte Regelung würde somit den Grundsätzen unserer Rechtsordnung nicht widerstreiten.

Untersuchen wir diese Vorschriften im einzelnen, so kann

allerdings die sog. Mittelsurrogation der §§ 1381, 1646, 2019, 2111 BGB für das Kommissionsgeschäft keine brauchbare Lösung bieten. Denn ein Erwerb „mit Mitteln" des Kommittenten liegt nur dann vor, wenn der Kommittent den Kaufpreis vorgeschossen hat. In der Regel aber wird der Kommissionär mit eigenen Mitteln erwerben, um sich seine Auslagen später vom Kommittenten ersetzen zu lassen. Neben der Mittelsurrogation enthält das Gesetz aber eine ganze Reihe von Bestimmungen, in denen einem Vermögen das zufällt, was weder äußerlich erkennbar für dieses Vermögen, noch mit seinen Mitteln erworben wurde. Am weitesten ist der Erwerb des fremden Vermögens in § 718, I gefaßt. Es gehören hiernach zu dem Gesellschaftsvermögen die „durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft" erworbenen Gegenstände. Der im eigenen Namen handelnde Gesellschafter[1]) erwirbt daher für das Gesellschaftsvermögen immer schon dann, wenn er mit der Geschäftsführung betraut ist und den Willen hat, für dieses zu erwerben. Die Gleichheit der Rechtslage mit dem Kommissionsgeschäft fällt auf. Eine andere Formulierung gebraucht das Gesetz in den §§ 1370, 1473, 1524, 1638, II, 2041, 2374. Hier fällt dem Vermögen zu, was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das „sich auf das Vermögen bezieht". Danach braucht kein rechtlicher, sondern nur ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Rechtsgeschäft und Vermögen zu bestehen[2]); insofern muß der Handelnde den Willen gehabt haben, wirtschaftlich für das Vermögen tätig gewesen zu sein. Auch ist hier nicht notwendig, daß mit Mitteln des Vermögens erworben wird. Eine Abweichung liegt beim Kommissionsgeschäft lediglich darin, daß hier nicht wie in den angezogenen Vorschriften für ein Sondervermögen, sondern für das allgemeine Vermögen des Kommittenten erworben wird. Derselbe Rechtsgrund aber, der zu einer gesetzlichen Regelung bei den einzelnen Sondervermögen führte, daß nämlich die Sondervermögen in gewisser Weise schutzbedürftig sind, trifft, wie oben (S. 22 f.) eingehend dargelegt wurde, auch für das Kommissionsgeschäft zu. Einer gesetzlichen Regelung in diesem Sinne würde daher nichts im Wege stehen.

Der Einwand, den man bei der Redaktion des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches gegen die in unserem Sinne gehaltenen Anträge geltend machte, daß, abgesehen vom gemeinen Recht, auch im ausländischen Recht keine derartige Regelung enthalten sei[3]), ist heute nicht mehr stichhaltig. Es kann hierzu auf Schmidt-Rimplers Feststellungen[4]) Bezug genommen werden.

---

[1]) Vgl. über die Streitfrage Beyer, a. a. O, S. 329.
[2]) Vgl. RG 92, 142.
[3]) Vgl. v. Hahn a. a. O., S 468.
[4]) Schmidt-Rimpler a. a. O., S. 940 f.

Danach ist zunächst für den Kreis des Code de Commerce ein direkter Eigentumserwerb des Kommittenten anerkannt. Ganz acgesehen von der französischen Lehre ist in dem italienischen Entwurf (a § 286) ausdrücklich bestimmt, daß das Eigentum am Kommissionsgut in dem Augenblick des Erwerbs durch den Kommissionär auf den Kommittenten als übergegangen gilt. Desgleichen spricht die holländische Theorie dem Kommittenten das Eigentum am Kommissionsgut zu. Im Kreise des spanischen Rechts ist insofern den Interessen des Kommittenten Rechnung getragen, als ihm Aussonderungsrechte im Konkurse des Kommissionärs gewährt sind, so in den Rechtsordnungen von Spanien, Portugal, Peru, Brasilien und Argentinien. Auch das chilenische HGB und das russische Gesetz lassen dem Kommittenten das Eigentum zukommen. Letzteres mit der besonderen Modifizierung, daß der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten das Gut erworben haben muß. Das Schweizer Obligationenrecht enthält keine besondere Regelung für das Kommissionsgeschäft, sondern behandelt letzteres ganz allgemein beim Auftrag. Hier bestimmt es, daß der Auftraggeber von dem Beauftragten das von diesem im eigenen Namen aber für seine Rechnung erworbene Gut im Konkurse herausverlangen kann. Im englischen Recht findet sich eine dem schweizerischen Recht ähnliche Regelung. Auch das schwedische Gesetz gibt dem Kommittenten an dem Gut, das für seine Rechnung vom Kommissionär erworben wird, unmittelbar Eigentum.

Man kann daher sagen, daß Deutschland im Gegensatz zu der modernen ausländischen Rechtsentwicklung völlig im Rückstand ist. Nicht nur mangelt es an einer gesetzlichen Regelung, sondern auch an einer dem „wirklichen Recht" entsprechenden herrschenden Theorie. Eine im Interesse des Kommittenten notwendige gesetzliche Regelung der Eigentumsverhältnisse würde daher schon deswegen begrüßenswert sein, weil damit dann auch die allzu sehr an einer formalistischen Auffassung des Gesetzes krankende herrschende Lehre fallen müßte.

Lebenslauf.

Am 24. September 1906 bin ich als Sohn des Regierungsrats Dr. iur. Victor Wild und seiner Ehefrau Else, geb. Brenning zu Liegnitz geboren. Ich besuchte die Vorschule und das Gymnasium in Oppeln und nach unserer Uebersiedlung nach Kassel das dortige Friedrichs-Gymnasium. Nach dem Tode meines Vaters kam ich Ostern 1922 auf das Alumnat des Joachimsthalschen-Gymnasiums, auf dem ich Ostern 1926 das Zeugnis der Reife erlangte. Mein 1. Semester studierte ich in Marburg, das 2.—5. in Freiburg. Das 6. Semester ging ich nach Berlin, um im 7.—8. wieder in Marburg zu studieren. Am 20. Dezember 1930 bestand ich vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts Kassel das Referendarexamen, am 23. Juli 1931 die mündliche Doktorprüfung in Marburg.